



REPÚBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES “IAEN” LA UNIVERSIDAD DEL ESTADO

Especialización en Migraciones, Globalización y Políticas Públicas

TÍTULO DE LA TESINA:

“LA DISCRIMINACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD, EN LA NUEVA PROPUESTA DEL MECANISMO DE COOPERACIÓN CONSULAR PLANTEADO POR EL ESTADO ECUATORIANO EN EL GRUPO DE TRABAJO DE LA UNIÓN SURAMERICANA (UNASUR)”

Autor: Teófilo Enrique Abdo Peralta

Directora: Katalina Barreiro

Quito, octubre de 2017



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

No.051- 2018.

ACTA DE GRADO

En la ciudad de Quito, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil dieciocho, **TEÓFILO ENRIQUE ABDO PERALTA**, portador de la cedula: 0603275090, **EGRESADO DE LA ESPECIALIZACIÓN EN MIGRACIONES, GLOBALIZACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS 2015-2016**, Aprobó su Tesina, con el tema: **"LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL EN LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD, EN LA NUEVA PROPUESTA DEL MECANISMO DE COOPERACIÓN CONSULAR PLANTEADO POR EL ESTADO ECUATORIANO EN EL GRUPO DE TRABAJO DE LA UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS (UNASUR), QUITO 2017 "**, dando así cumplimiento a los requisitos puntualizados en la Ley Orgánica de Educación Superior y la normativa institucional, previos a la obtención del título de: **ESPECIALISTA EN MIGRACIONES, GLOBALIZACIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS.**

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico: 8.95

Tesina: 8.00

Nota Final Promedio: 8.47

En consecuencia, **TEÓFILO ENRIQUE ABDO PERALTA**, se ha hecho acreedor al título mencionado.

Para constancia firma:

De conformidad con la facultad
prevista en el estatuto del IAEIN
CERTIFICO que la presente es fiel
copia del original



Fojas 16

Fecha 07 JUN 2018

Secretaría General

Abg. José Luis Jaramillo
Director de Secretaría General

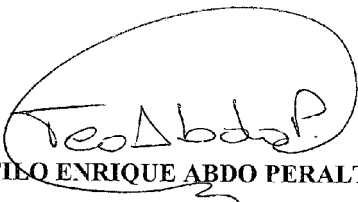


INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES

SECRETARÍA
GENERAL

AUTORÍA

Yo, Teófilo Enrique Abdo Peralta, con cédula de ciudadanía 060327509-0, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en este trabajo; así como, los procedimientos y herramientas utilizadas son de absoluta responsabilidad del autor de la Tesis.

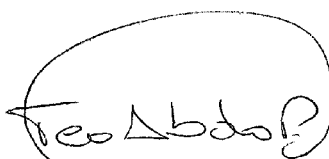


TEÓFILO ENRIQUE ABDO PERALTA
C.C. 060327509-0

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

“Yo, Teófilo Enrique Abdo Peralta, cedo al Instituto de Altos Estudios Nacionales “IAEN”, los derechos de publicación de la siguiente obra por un plazo máximo de cinco (5) años, sin que deba haber un reconocimiento económico por esto. Declaro además que el texto del presente trabajo de titulación, no podrá ser cedido a ninguna empresa editorial para su publicación u otros fines, sin contar con la autorización escrita de la universidad.

Quito, octubre de 2017

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Teo Abdo P', enclosed within a large, hand-drawn oval.

Firma del Cursante

TEÓFILO ENRIQUE ABDO PERALTA

C.C. 060327509-0

341.48
A1358d

Abdo Peralta, Teófilo Enrique

La discriminación en la aplicación del concepto de vulnerabilidad, en la nueva propuesta del mecanismo de cooperación consular planteado por el estado ecuatoriano en el grupo de trabajo de la unión suramericana (unasur) / Teófilo Enrique Abdo Peralta .— 1ª. Ed. — Quito: Editorial IAEN, 2018

65 páginas

1. **Derechos Internacional. 2. Derechos humanos 3. Derecho Constitucional 4. CAN 5. UNASUR 6. Ecuador I. Título**

DEDICATORIA:

Al Abuelo Nicolás y la Sitti Emilia, por atreverse a cruzar el charco y crear una familia en este hermoso país. A mis tíos Enrique, Byron, Daysi, Migue y mi hermana Mari, el dolor de sus migraciones y la alegría de sus retornos forjó en mí este amor por el trabajo en beneficio de las personas en movilidad en todo el mundo.

Teo.

RESUMEN

No hay duda de la jerarquía que el derecho a la igualdad y la no discriminación, tienen en el derecho internacional de los derechos humanos. Todo el procedimiento de amparo de derechos humanos en el derecho internacional, se establece en la igualdad y en la no discriminación. Las personas, justificadamente por su condición de ser personas, sin distinción, cuentan con los mismos derechos humanos.

Lo cierto es, que brindarle contenido al derecho, a la igualdad y a la no discriminación, es un reto en sí mismo ¿Cómo se garantiza la igualdad cuando los individuos son, sin excepción, distintos? y, ¿Por qué no tratar a personas de forma igual, puede generar efectos discriminatorios? Las refutaciones a estas interpelaciones, no son claras. Más aún, las complicaciones relacionadas con situaciones de desigualdad y discriminación, no tienen una solución única y aplicable a todos los casos. Esta investigación no pretende ser un estudio exhaustivo sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con la igualdad y la no discriminación, ni tampoco aspira a hacer un análisis exhaustivo sobre la totalidad de las discusiones jurídicas que se pueden desprender de la interpretación de dicho derecho.

Su objetivo principal es, comparar los mecanismos de cooperación consular de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el propuesto por el Ecuador en el grupo de trabajo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), para analizar cómo el hecho de limitar el acceso a la protección consular a las personas en situación de vulnerabilidad puede ser un acto discriminatorio estructural, violando los derechos de las personas migrantes.

La metodología aplicada en la investigación, ha sido un profundo y cabal análisis de organismos, leyes, jurisprudencia, tratados y demás, que han fortalecido y aclarado, el concepto jurídico universal aplicado a la discriminación y a la violación de los derechos humanos.

Luego de analizar los mecanismos de cooperación, se evidencia que la inclusión específica de respetar los derechos de los grupos vulnerables, no incluye al ciudadano común que por diferentes cuestiones y circunstancias, puede también, estar en situación de vulnerabilidad (p.ej. indocumentado). Podremos concluir entonces, que las obligaciones de los Estados, son cumplir, respetar y garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación de todas las personas.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
ACTA DE GRADO.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	iii
AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN.....	iv
FICHA CATALOGRÁFICA.....	v
DEDICATORIA.....	vi
RESUMEN.....	7
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	8
SIGLAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
ANTECEDENTES.....	11
PROBLEMÁTICA Y JUSTIFICACIÓN.....	13
ESTADO DEL ARTE.....	15
TEMA DE INVESTIGACIÓN.....	19
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	19
HIPÓTESIS.....	19
OBJETIVO GENERAL.....	20
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	20
 CAPÍTULO I	
1.1 MARCO TEÓRICO.....	22
 CAPÍTULO II	
2.1 JURISPRUDENCIA.....	72
 CAPÍTULO III	
3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	85
3.1 CONCLUSIONES.....	86
3.2 RECOMENDACIONES.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	88
SITIOS WEB.....	95

SIGLAS

CAAM	Comité Andino de Autoridades de Migración
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OC	Opinión Consultiva
OEА	Organización de los Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
TLC	Tratado de Libre Comercio
UE	Unión Europea
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
XX/XXI	Siglo

INTRODUCCIÓN

Los constantes cambios en las dinámicas mundiales, han estimulado a que las regiones se constituyan en bloques cada vez más unidos para poder hacer frente sobre todo, a los retos que plantea la globalización. Es así que en mayo de 2008, se estructura como organización la Unión de Naciones Suramericana (UNASUR). El Estado ecuatoriano como Estado miembro de este sistema de integración, ha realizado una propuesta de mecanismo de cooperación consular tomando en cuenta que unidos los miembros de la UNASUR abarcaríamos una cobertura casi total del planeta en lo que se refiera a presencia de consulados.

La propuesta del Ecuador podría convertirse en una decisión de la UNASUR en un futuro cercano, pero la aplicación de este mecanismo de cooperación consular podría interferir con el mecanismo aplicado por la CAN, puesto que el nuevo planteamiento incluye en su artículo segundo la “condición de vulnerabilidad” para poder ser asistido por el consulado de otro país miembro de la UNASUR entonces, es necesario analizar si el hecho de limitar el acceso a la protección consular únicamente a las personas en situación de vulnerabilidad puede ser una limitación para garantizar los derechos de las demás personas migrantes, o si el hecho de ser una persona migrante nos convierte involuntariamente en personas en estado de vulnerabilidad.

En el primer capítulo se analizaron los conceptos de varios autores que se refieren a la conformación de los bloques de integración regional, así como a sus mecanismos de cooperación consular. Desde la teoría de la Interdependencia veremos cómo se manejan las relaciones de los países dentro de los sistemas de integración regional y, se analizaron también los antecedentes del mecanismo de cooperación consular de la CAN desde la creación misma del bloque.

En el segundo capítulo se examinó la propuesta del Estado ecuatoriano ante el grupo de trabajo de la UNASUR para la conformación de un mecanismo de cooperación consular del bloque. Así mismo se repasó bibliografía relevante acerca de las personas migrantes en cuanto a acceso a derechos y condiciones de vulnerabilidad.

Aquí determinamos cuál es la limitación en materia de acceso a derechos que causa la inclusión de la condición de vulnerabilidad en el artículo 2 de la propuesta del Estado ecuatoriano. También se analizó la propuesta del Estado ecuatoriano ante el grupo de trabajo de la UNASUR para la conformación de un mecanismo de cooperación consular del bloque. Así mismo se revisó bibliografía relevante acerca de las personas migrantes en cuanto a acceso a derechos y condiciones

de vulnerabilidad. Definiendo claramente, qué es la vulnerabilidad, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En el tercer capítulo está destinado a las conclusiones y aportes que se concibieron de este estudio.

ANTECEDENTES

Desde el 26 de mayo de 1969 se constituye a través del Acuerdo de Cartagena el Sistema Andino de Integración (SAI), el cual hasta 1996 fue conocido como el Pacto Andino, a partir de ese año sería lo que hasta hoy conocemos como Comunidad Andina de Naciones (CAN). La CAN se constituyó originalmente por Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile. En 1973 se unió al en ese entonces Pacto Andino Venezuela. En 1976 Chile se separa del Pacto por decisión del dictador Augusto Pinochet, pero volvería en 2006 como país asociado. Venezuela por su parte, por decisión del entonces Presidente Hugo Chávez, se separó en 2006 de la CAN por no estar de acuerdo con los Tratados de Libre Comercio (TLC) que firmarían Perú y Colombia con los Estados Unidos quedando así, hasta la actualidad, la CAN conformada por Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Este sistema de integración fue creado, según el Acuerdo de Cartagena de 1969, con el propósito de alcanzar una integración y cooperación que proponga un desarrollo económico equilibrado, solidario y compartido de sus países. En su artículo 1, el acuerdo deja en claro, que el objetivo en el que se basa es, la “integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”. (Acuerdo de Cartagena, 1969).

Su creación nace de una necesidad de regular el libre comercio entre los países, viendo a la movilidad humana como un simple resultado de esa relación comercial, es así que en cuestiones de migración las decisiones tienen que ir progresando de acuerdo con las necesidades; un claro ejemplo es, la decisión 545 la cual constituye un elemento de Migración Laboral que considera a la movilidad dentro del sistema de integración como movilización de factores de producción. (CAN, 2003).

En 2013 se aprobó durante la cumbre de jefes de Estado en el Ecuador, el plan para libre movilidad de sudamericanos. La UNASUR se constituye como un sistema que constituye a una cantidad más grande de países, integra incluso a todos los países de la CAN y es concebida con “la determinación de construir una identidad y ciudadanía suramericana y desarrollar un espacio regional integrado en lo político, económico, social, cultural, ambiental, energético y de infraestructura, para contribuir al fortalecimiento de la unidad de América Latina y el Caribe” (UNASUR, 2008).

En el artículo 2 del Tratado Constitutivo de la UNASUR, se plantea su objetivo general como “construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados” (UNASUR, 2008).

Esto deja vislumbrar, una conformación mucho más humanista si la comparamos con la visión con la que fue creada la CAN la cual está más encaminada en la relación comercial de los países. En el año 2003, la CAN promulga su decisión 548 el “Mecanismo Andino de Cooperación en Materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios” el cual está destinado a gestionar la protección de los originarios de los Estados miembros, cuando estos se encuentren en un tercer país donde no conste delegación consular del que son nacionales, pudiendo así ser asistidos y protegidos por la delegación consular de cualquiera de los países de la CAN.

En la UNASUR, el Estado ecuatoriano lanza la propuesta de crear un mecanismo de cooperación consular con ciertas similitudes al de la CAN y al que se maneja también en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), pero como los conceptos de cada uno de estos sistemas de integración tienen diferentes visiones, es de esperarse que los mecanismos de cooperación consular planteados puedan en ciertos puntos causar una afectación a la calidad y efectividad de la asistencia y protección que los consulados deberán brindar a los nacionales de los países miembros de los sistemas de integración regional.

En este documento analizamos únicamente los puntos de afectación que existen entre el mecanismo de cooperación consular de la CAN y el propuesto por el Ecuador en la UNASUR.

Las fronteras que mantiene cada país, pasan a estar insertas en una frontera regional, con pautas y mecanismos acordados regionalmente que, a su vez, se insertan en el contexto internacional. Esto provoca que no sólo las fronteras físicas se fusionen, sino también las fronteras extra regionales. Se abre entonces, un nuevo panorama internacional entre flujos intrarregionales y extra regionales que deben atender los países que forman parte de estos procesos de integración. Dentro de las responsabilidades extra regionales, es donde los Estados miembros de un componente de integración regional, deben asumir las responsabilidades de protección de los habitantes de todos

los países del mecanismo de integración al que pertenecen, cuando estos se localicen en un tercer país en el cual no preexistiera su representación diplomática nacional. (Dardanelli, 2015)

PROBLEMÁTICA Y JUSTIFICACIÓN

Las disímiles formas de segregación crean obstáculos para el ejercicio de los derechos de los migrantes. Muy a menudo, los Estados utilizan la nacionalidad o la condición jurídica, como base para constituir una distinción entre las personas que pueden y no pueden disfrutar de acceso a los establecimientos, los bienes y los servicios de atención sanitaria. Sin embargo, el derecho internacional de derechos humanos establece que todas las personas, sin discriminación, deben tener acceso a todos los derechos humanos fundamentales consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Por consiguiente, los migrantes, independientemente de su condición, están resguardados por el derecho internacional de derechos humanos. (OIM, 2013)

Los derechos humanos de los individuos migrantes están incluidos, casi en su conjunto, en todos y cada uno de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que se han acogido desde mediados del siglo XX. Tanto en el ámbito de la ONU -sistema universal-, como de la OEA -sistema interamericano-, las declaraciones y acuerdos aceptados desde entonces reconocen un amplio catálogo de derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. En términos generales, la nacionalidad u otra condición de la persona no son, ni debe ser, un criterio válido para reconocer y garantizar un derecho humano. (OIM, 2016)

Desde la conformación del Pacto Andino en 1969, lo que conocemos como Comunidad Andina de Naciones (CAN), hubo avances progresivos respecto de la migración de los nacionales de los países miembros y sus asociados. Uno de estos avances es la Decisión 548 en el “Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios”, cuyo propósito es, ampliar el campo de acción de los consulados de los países miembros, para que estos puedan brindar asistencia y protección a los nacionales de otros países miembros cuando no tuvieran una representación consular de su país en el territorio de un tercer país.

En el llamado “derecho internacional clásico”, el trato que un Estado concedía a las personas dentro de su territorio, era un asunto exclusivamente interno e implícito al concepto de soberanía territorial, bajo la idea de “no injerencia” en los asuntos internos. En ese sentido, la internacionalización de los derechos buscó superar las barreras legales y territoriales de cada Estado y establecer mecanismos políticos y jurídicos para la fiscalización de lo que ocurría fronteras

adentro. En la perspectiva del derecho internacional clásico, la migración era calificada como una cuestión preferentemente doméstica y sujeta, por lo tanto, al ámbito de la soberanía y la discrecionalidad de los Estados. La dialéctica de la construcción de los Estados-nación bajo esta protección, determinó una posición poco favorecida para las personas extranjeras. (Mármola L., 2002)

En primer lugar, la división territorial fragmentó poblaciones y las convirtió en elementos estatales (y así, “nacionales”), subordinado a ese orden. Esto permitió asumir que cada individuo tenía un país dotador de protección y, además, toda su representación en la esfera internacional quedaba mediada por la estatalidad. En la escuela internacional clásica, se arma que la posición de sujeto del derecho internacional, no era posible sin la intervención del Estado, ya que este último era quien decidía realizar la protección diplomática de su nativo en el extranjero. Esta fue una de las esferas incluidas en el derecho a la nacionalidad: “dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al instituir a través de su nacionalidad su vínculo con un Estado determinado”. Esta exclusividad en la presencia estatal se ejercía, al interior, bajo el principio de “no injerencia” en los asuntos de potestad interna. Al exterior, se ejercía bajo la protección diplomática de sus nacionales ante todos los demás Estados o, al menos, frente a los Estados razón por los cuales el “nacional” resultara “extranjero”. (García, L. 2013)

Más aún, los Estados acordaban de esta manera “en respetarse mutuamente en la persona de sus nacionales”. (García, L. 2013)

Esto es lo que conocemos como “Mecanismo de Cooperación Consular”. En relación a esto, Eduardo J. Vior, declara en “Nacionalidad y supranacionalidad en la construcción de la ciudadanía sudamericana” que el comienzo a estas nuevas destrezas en políticas migratorias, choca con las ideas de ciudadanía vigentes en los países acordantes y crea inconvenientes políticos y jurídicos. (Vior, 2013)

La reforma que los derechos humanos trazaron para la noción clásica de soberanía estatal, restringiendo el uso de la “autodeterminación o de la no intervención extranjera”, para justificar las violaciones de derechos humanos. Así, los derechos humanos marcan el paso de una noción “absoluta” de soberanía hacia una “relativa”, aunque ello no implica que un país, no pueda practicar su derecho soberano a controlar las fronteras cuando se ha comprometido a respetar los derechos humanos. Sólo quiere decir que las medidas que tome como parte de su política migratoria, tienen

que llevarse a la práctica en absoluto respeto de los derechos humanos, cuando esto ha sido un compromiso contraído en un instrumento internacional. (Bustamante, J. 2002)

Entonces, no se trata ya de derechos “legales” u otorgados por el orden jurídico nacional, sino el recurso final en el dominio de los derechos, o una especie de derecho de excepción, en palabras de Hannah Arendt. Por ello, también enuncian “exigencias de cambio social basadas en derechos”. Por último, es posible sustentar que los derechos humanos aglomeran una dimensión individual y otra colectiva: “derechos”, como derecho subjetivo exigible, pero “humano”, en tanto se porta y se ejerce (y se reclama) por todas las personas distinguidas como tales. (Bustamante, J. 2002)

Ello exige a reconocerlo como un régimen “objetivo” caracterizado por obligaciones erga omnes: es decir, que involucran a todos los Estados. La presencia del individuo en la esfera internacional, dependía del Estado de su nacionalidad, a través de la protección diplomática y -en general-, a través de la representación y protección de su Estado. No casualmente una de las primeras cuestiones sobre derechos de las personas migrantes se da, en el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, donde la Corte IDH interpretó en su OC-16/99 que evidentemente, se trata de un derecho. (Bustamante, J. 2002)

ESTADO DEL ARTE

Los esfuerzos desarrollados en los últimos años por los bloques Comunidad Andina de Naciones (CAN), Caribbean Community (CARICOM) y MERCOSUR se enfocan, justamente, a buscar razonamientos comunes que proporcionen la migración y la residencia de los/as ciudadanos/as de los países miembros en el marco de la creación de mercados comunes y, subsiguientemente, de espacios comunitarios. Este objetivo también es alcanzado desde la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), donde la nacionalidad de un país miembro es un criterio de residencia y acceso a derechos y, a su vez, un vehículo de unificación: “la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado miembro residentes en cualquiera de los otros Estados miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana”. Justamente, el lugar central otorgado a la nacionalidad y a los derechos humanos, compone una tendencia nueva en la región, que se revela tanto en los procesos regionales de integración, como en los métodos consultivos de migración y, finalmente, en las legislaciones y políticas domésticas. Se trata de procesos que convergen y se retroalimentan. (Ceriani, P. 2013)

En su Opinión Consultiva N° 16 (OC-16/99), la Corte IDH toma como punto de salida, la desventaja en la que se encuentran las personas migrantes en un Estado que no es el de su nacionalidad. Reconocer esta desavenencia resulta fundamental, ya que establece las mayores garantías que pueden ser necesarias en general y en el caso en concreto, y el valor de la función consular como medio para remediarlas. (Corte IDH, 1999)

En 2010, el Consejo del MERCOSUR sancionó la elaboración de un “Plan de Acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR”. A través de él, el MERCOSUR ha señalado que el estatuto de ciudadanía “estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales” y conformado sobre la base de la política de libre circulación e igualdad de derechos. (CSM, 2010)

La vulnerabilidad en ciencias aplicadas, es determinada como una medida de las características (la sensibilidad) y de las circunstancias (la exposición) de una persona o de un grupo a una intimidación, incluido el grado de recuperación del impacto emanado por el hecho dañoso. La vulnerabilidad así definida, depende del conjunto de los elementos que resultan de la situación o la condición de una persona o de un grupo. (Sayad, A. 2010)

El término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con relación a una amenaza individual subyacente. Las ciencias aplicadas han concordado historialmente, en afirmar que solo es posible dialogar de un grado de vulnerabilidad, desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su fuerza particular, de su periodicidad y de su duración. (Blaikie, P. 2007)

La relevancia de la circunscripción del concepto de vulnerabilidad, es de hecho, largamente abordada en el medio científico y aunque algunos de sus elementos puedan ser interpretados de modo diferente, sus elementos estructurales reviven sistemáticamente en la doctrina, a saber: las causas, la sensibilidad, la exposición, la amenaza y el riesgo en sí mismo. Las ciencias aplicadas han hecho de la vulnerabilidad un concepto central incorporado a la prevención de desastres. (Adger, N. 2006)

La cooperación en materia migratoria y consular forjada por el Comité Andino de Autoridades de Migración (CAAM) debe estar centrada tanto en la asistencia y apoyo a los con-nacionales en un tercer país donde no dispongan con representación consular, como en la institucionalización de reuniones periódicas de los funcionarios consulares de los países miembros con la finalidad de intercambiar información y experiencias que ennoblezcan su trabajo. (Adger, N. 2006)

Hay que subrayar que la experiencia en materia de cooperación consular, no está únicamente a nivel de los sistemas de integración regional, sino que también a nivel bilateral se pueden localizar dispositivos de cooperación en materia de asistencia y protección a ciudadanos en terceros países, por ejemplo, el caso de Argentina y Chile. María Elena Lorenzini, estudia la cooperación en materia consular entre Argentina y Chile entre otros factores que se involucran en la política exterior de esos países. En “Las relaciones argentino-chilenas 2008-2011 ¿realidad o ficción de la “alianza estratégica”? la autora profundiza en algunos episodios puntuales entre los cuales están la Declaración de Punta Arenas y el Tratado de Maipú (Lorenzini, 2013).

Para entender mejor la cooperación consular, debemos ir más allá de los sistemas de integración locales, por eso la importancia de indagar acerca del mecanismo de cooperación consular establecido por la Unión Europea (UE).

Ana Mar Fernández, en “La dimensión externa del espacio de libertad, seguridad y justicia: el caso de la cooperación consular local” plantea que, desde el inicio de este nuevo milenio, la cooperación consular se ha transformado en una prioridad de la agenda europea. Los nuevos desafíos trazados en temas de seguridad y orden público por fenómenos como el aumento de flujos migratorios o el terrorismo internacional, han puesto de manifiesto el papel estratégico desempeñado por la cooperación consular local, como un medio para optimizar la tarea integrada de las fronteras externas a la UE. Durante su apartado la autora examina el desarrollo de las modalidades institucionales de esta forma de cooperación llevada a cabo fuera de las fronteras de la UE y se sondea sobre su contribución a la construcción de un espacio de libertad, seguridad, y justicia dentro de la Unión (Fernández, 2009).

Actualmente la ciudadanía europea está dando a la resguardo diplomático y consular, no solo una mayor visibilidad sino un valor añadido, por la distancia que se está instaurando respecto a las formas de protección clásicas del individuo observadas por el Derecho Internacional. Tal y como se descubre en el ordenamiento de la Unión Europea, la protección diplomática y consular de los ciudadanos europeos como derecho coligado a la ciudadanía, parece articular con la concepción que ve en la ciudadanía, una construcción *sui generis*, alejada de los conceptos de Estado y Nación, identidad nacional y nacionalidad posnacional, fundada en diversos niveles de asociación e identificación, siendo la nacionalidad cada vez más irrelevante; por contraposición a quienes la conciben como una construcción supranacional que soporta distintos niveles de identificación. (Guzmán, 2014).

Existe un análisis sobre la proposición de ciudadanía suramericana, que compara la imagen de nación, con las nuevas formas de migración internacional y evidencia los avances y limitaciones en el proceso del establecimiento de la ciudadanía suramericana; pero no examina la cooperación consular el cual es un mecanismo que puede contribuir en mucho para el establecimiento de la ciudadanía suramericana. (Vior, 2013).

Es ineludible plantear la necesidad de cambiar la idea del trabajador migrante suramericano, por la de ciudadanos suramericanos, adoptando la libre movilidad con la identidad regional, incluyendo cambios políticos que promuevan un modelo más profundo de aplicación del plan. (Ramírez, 2016).

Muchos autores trabajan sobre la defensa de los derechos humanos de todas las personas, incluidas las no nacionales de un país; se ha escrito mucho sobre los mecanismos de unificación, pero, al momento de analizar el estado del arte, se encuentra muy poca investigación acerca de los mecanismos de cooperación consular a nivel de la UNASUR, MERCOSUR o CAN. (Fernández, 2010).

La cooperación consular puede ser explicada desde dos puntos de vista según Ana Mar Fernández en “La dimensión externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. El primero de ellos es el securitista y, poniendo como ejemplo los sistemas europeos de protección y apoyo consular, evidencia como estos sistemas de cooperación consular coadyuvan a la protección a través de la gestión constituida de las fronteras exteriores de la Unión Europea. (Fernández, 2010).

Una serie de eventos llevaron en el caso de la UE a poner en práctica este tipo de mecanismos, según la autora, los atentados terroristas y las catástrofes naturales como terremotos, tsunamis e incluso los estados de guerra y convulsión social colocaron en relieve la vulnerabilidad de los pueblos, quienes deben estar protegidos ante las devastadoras derivaciones de este tipo de eventos. (Fernández, 2010).

En la práctica, la protección de los consulados de la UE, no se limita a las personas con un alto estado de vulnerabilidad ya sea ésta causada por acción del hombre o catástrofes naturales, sino que también ofrecen cobertura en gestión de documentos y cualquier acción en pro de salvaguardar el acceso a derechos de los ciudadanos europeos cualquiera sea su circunstancia en cualquier parte del mundo donde se encuentren. (Fernández, 2010).

Ambas formas de salvaguardia, fueron forjadas en la década de los noventa como “instrumentos políticos de securitización” relativamente circunstanciales (Balzacq, 2008:75 citado en Fernández, 2010).

La protección consular, así como, por otra parte, la salvaguardia diplomática, fueron pensadas como corolarios de la ciudadanía europea. (Fernández, 2010).

TEMA DE INVESTIGACIÓN

La discriminación estructural en la aplicación del concepto de vulnerabilidad, en la nueva propuesta del mecanismo de cooperación consular planteado por el Estado Ecuatoriano en el grupo de trabajo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Qué consecuencias puede tener la aplicación del concepto de vulnerabilidad, incluido en la propuesta del Estado ecuatoriano para un mecanismo de cooperación consular de la UNASUR, en la asistencia y protección consular a los migrantes de los países pertenecientes a este sistema de integración cuando se encuentren en un tercer país?

HIPÓTESIS

El artículo 2 de la propuesta presentada por el Ecuador ante el grupo de trabajo de la UNASUR para establecer un mecanismo de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular, genera discriminación estructural al establecer que la asistencia y protección será otorgada a personas en situación de vulnerabilidad.

METODOLOGÍA

Se ha realizado la adquisición de un gran número de referencias bibliográficas, las cuales fueron seleccionadas por fecha, importancia del tema y el autor. De esta manera, se logró información actualizada, con el análisis de situaciones de discriminación, bajo la tutela de profesionales e instituciones especializadas.

Análisis jurídico: Fueron analizados y estudiados los contextos de la vulnerabilidad a partir de las causas subyacentes (condiciones de acceso y elementos estructurales del sistema) y las

circunstancias de exposición a la amenaza de violación de derechos convencionales. (Estupiñán-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

Análisis comparativo: Se realizó una investigación comparativa, tomando en cuenta a tal efecto, dos documentos, el primero es la decisión 548 de la Comunidad Andina de Naciones “Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios”, el segundo es la propuesta del Estado ecuatoriano ante el grupo de trabajo de la UNASUR para el establecimiento de un mecanismo de cooperación consular del bloque.

Por otra parte, se analizaron también estudios realizados acerca de mecanismos de cooperación consular de otros sistemas de integración tales como Mercosur y la Unión Europea, para apoyar la comparación entre los mecanismos de la CAN y el propuesto en la UNASUR.

Método de concordancia: Dice una de las reglas del método experimental o la lógica tradicional... *“posita causa, ponitur effectus”* lo que significa, *“puesta la causa se sigue el efecto”*. El investigador busca la causa de un hecho y encuentra su presencia en varios casos, totalmente diferentes, que no tienen circunstancias comunes en consecuencia por tal motivo, es probable que tal hecho que se repite en todas las circunstancias, sea la causa buscada. El método de concordancias, constituye un razonamiento o inferencia por concordancia y se basa en la comparación de las condiciones que han acompañado varias veces la aparición de un fenómeno; es decir, las causas que lo provocan. Es así, que se comparó entre varios casos en que se presentó el acto discriminatorio y así, se pudo señalar lo que en ellos se repite, como causa del concepto de vulnerabilidad. De esta forma, la investigación fue pura (básica), aumentando la teoría con nuevos conocimientos, y de este modo, se pudieron plantear las conclusiones y recomendaciones.

OBJETIVO GENERAL

Demostrar la existencia del acto discriminatorio estructural, violando los derechos de las personas migrantes que se les niega el acceso a la protección consular al no estar dentro del grupo denominado, en situación de vulnerabilidad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar si el concepto de vulnerabilidad para el acceso de servicios consulares en el artículo 2 de la propuesta del Ecuador ante el grupo de trabajo de la UNASUR, es un acto discriminatorio estructural.

2. Examinar los mecanismos de cooperación consular donde la condición de vulnerabilidad puede ser un elemento que impida el acceso a ciudadanos de los países miembros que no se encuentren en dicha condición.
3. Definir el mecanismo de cooperación consular de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), para que la aplicación del concepto universal de vulnerabilidad, incluya a todo individuo susceptible de discriminación.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1. El valor de la movilidad humana

La movilidad humana podemos concebirla como una posibilidad o como una efectividad. Movilidad en el primer sentido es, la posibilidad de moverse, de realizar un desplazamiento y/o reubicarse. En el segundo sentido es, el hecho de perpetrar tal desplazamiento. El ser humano forma una especie biológica dotada de una serie de atributos naturales, uno de los cuales es su capacidad al desplazamiento, que realiza gracias a que la madre naturaleza lo ha dotado de dos herramientas: sus pies y su inteligencia. Con ésta última es capaz de diseñar medios artificiales, o artificialmente usados, para trasladarse de un sitio a otro. Por artificiales que sean, su uso es un ejercicio de esa capacidad natural que poseemos de pensar, imaginar, diseñar y valernos de las leyes de la naturaleza para hacerlas funcionar en nuestro beneficio (natura parendo uincitur). (Txotxu, A., et al., 2015)

Mas el desplazamiento, la marcha, es también una necesidad de la vida humana como un fin en sí mismo. Pues bien, una de estas necesidades importantes es la de moverse, la de cambiar de lugar. No sólo poder hacerlo, sino hacerlo de hecho. Concluimos así que el moverse, el desplazarse, el cambiar de lugar es una actividad preciosa y que hay un valor incorporado a esa faceta esencial de nuestra vida. No sólo es verdad, por consiguiente, que privar a alguien de la posibilidad de moverse es coartar su libertad -y atentar así contra el ejercicio de otro rasgo valioso del ser humano, que es la voluntariedad de sus acciones y omisiones-, no sólo es eso verdad, sino que hay algo más, de igual jerarquía si no mayor, a saber: que incluso la quietud voluntaria entraña un desvalor, porque implica la no realización de una capacidad que es inestimable no ya en su posibilidad o aptitud, sino específicamente en su ejercicio efectivo. (Peña L., et al., 2015)

Igual que quien decide no pensar, por libremente que lo haga, incurre en un grave desvalor y renuncia a una vida de veras humana, lo mismo cabe decir de quien, imaginariamente, renunciara, de modo voluntario, a moverse y se redujera a la quietud. De esos varios motivos que hemos ido hilvanando para considerar el movimiento como algo valioso en la vida humana, hemos de destacar un componente de lo que funda el valor del movimiento como medio. (Txotxu, A., et al., 2015)

Hemos dicho que, como medio, el movimiento es valioso porque es lo que facilita al ser humano procurarse otros medios de vida: cobijo, alimento y demás elementos materiales o soportes

materiales de bienes espirituales que van a ser utilizados para la satisfacción de otras necesidades. Pues bien, hay una de esas necesidades que es la asociación con otros seres humanos, el encuentro. La sociabilidad de los humanos, es uno de los atributos de su existencia y de su esencia. Pero, dentro de esa sociabilidad general que cada ser humano posee, en la que está inmerso, lo desee o no, la realización de los diversos elementos de nuestra vida, el ejercicio de nuestra capacidades -por individuales que parezcan ser-, envuelven el establecimiento de nuevas relaciones interindividuales, el encuentro con otros seres humanos, la asociación, la formación de nuevos vínculos, diferentes de los que poseíamos al nacer o en la niñez. (Peña L., et al., 2015)

El encuentro en la distancia, no puede suplir el encuentro cara a cara, aunque sí puede facilitarlo y completarlo. Así pues, para regocijo del hombre, es menester ese encuentro real, ese juntarse unos con otros, que abre mil posibilidades impensadas de confluencia y conjunto en la variedad, porque siempre diferentes individuos son variados, cada uno tiene sus particularidades, de suerte que de dos o más que convergen surge siempre algo nuevo. Y ese surgir de lo nuevo es otro rasgo esencial de la vida humana, individual y colectiva. Concluimos pues, que el movimiento, la movilidad como acto y no sólo como potencia o posibilidad, es una realización valiosa, como fin y como medio y que impedir, coartar, cercenar, restringir su ejercicio es entorpecer la ejecución de un valor esencial para el hombre. (Txotxu, A., et al., 2015)

De todo ello se concluye también, que el valor de la movilidad humana no es un mero resultado o una parte del valor de la libertad, lo cual no excluye la existencia de un vínculo entre ambos valores. Está claro que la movilidad como posibilidad, viene comprometida por la libertad. También lo está que el valor de la movilidad, lo es para la realización de actividades que entran en el campo de la libertad humana. A salvo de tales vínculos, lo que no logramos consentir es que se reduzca lo valioso del movimiento humano al de la voluntariedad libre o se crea que quien divide o coarta la movilidad humana, no está atentando contra ningún valor más que contra el de la libre voluntad. (Txotxu, A., et al., 2015)

Igual que quien derrama una enfermedad, aunque fuera con aprobación de los afectados, hace un mal, un daño a la vida humana, algo anti valioso, también el que restringe, obstruye o desincentiva la movilidad humana está causando un mal que no es sólo el de coartar la libertad ajena, sino el de damnificar la vida humana. Acordamos que tales consideraciones son todavía demasiado abstractas y que, directamente, no podemos deducir de ahí, ninguna determinación del ámbito de la movilidad humana. Lo abstracto de la reflexión filosófica que exponemos, de nuestra concepción metafísica, se compaginaría, en pura teoría, con un ejercicio mínimo de la movilidad. (Peña L., et al., 2015)

Un encarcelado que pueda ir y venir en su cárcel, dar algunos pasos, ya disfrutaría de movilidad. Una movilidad mínima. No nos persuade esa movilidad mínima. Sabemos que reducir nuestra capacidad de movernos a ese mínimo, es también reducir nuestra propia humanidad a casi nada. Cuando se condena a un individuo a privación de libertad ambulatoria, se le imputa también una seria restricción a su humanidad, a su vida humana, porque vivir humanamente no estriba simplemente en no morir. La humanización de tales condenas en una sociedad inspirada por ideas humanitarias e ilustradas implica hacer tales restricciones lo menores posible, dentro de lo posible con los fines de la pena. Por otro lado, no podemos pensar que la movilidad a que sustancialmente está encauzado el ser humano, haya de ser una movilidad máxima. Primero, porque no hay límite máximo. Y segundo porque rebasar un umbral de movilidad, también es nefasto para la vida humana. (Txotxu, A., et al., 2015)

La propia humanidad, el colectivo más englobante, ha seguido ese rumbo, esparciéndose, a partir de sus orígenes en el África oriental, por toda la superficie del planeta. Las asociaciones u organizaciones necesitan sedes colectivas (siéndoles difícil prescindir de ese asentamiento), pero también tienen vocación de movimiento para que los asociados se comuniquen unos con otros y, eventualmente, para atraer a otros. La organización nuclear, la pareja humana, y la familia que se constituye en torno a ella, sobrellevan rasgos de la vida individual. Son agrupaciones privadas con disposición de buscar su felicidad y su prosperidad, en pos de la cual peregrinan y deambulan, tratando de mejorar su vida. La tendencia a la movilidad propia, siempre ha venido determinada no sólo -ni quizá tanto-, en la busca del bien individual cuanto en la del bien familiar, en el esfuerzo de cada uno por una vida mejor para los suyos. (Peña L., et al., 2015)

Esta observación de la existencia humana nos lleva, pues, a concluir que es ilegal contra nuestra humanidad, limitar nuestra movilidad. Indudablemente ése, es un fundamento perfectamente válido y sólido para basar en él, el derecho a la movilidad. Pero, a diferencia de la quietud o permanencia, la movilidad es algo más que un derecho: es un valor. Y, siendo un valor, involucra que su opuesto es un antivalor. No hay concordancia. Esta reflexión, sin embargo, ha de cruzarse con un dato que, en principio, va en sentido contrario. Y es que legítimamente, aunque exista ese valor de la movilidad, el disfrute o la realización del mismo, entra en el ámbito de los derechos de libertad, no de los de bienestar. Es quizá eso lo que viene a componer la especificidad de este derecho, o mejor, de su disfrute. Los derechos de libertad tienen una doble característica:

- a. Son derechos de libre opción, derechos cuyo disfrute deja al individuo en capacidad para optar por su disfrute efectivo o por abstenerse del mismo; y, en caso de que opte por disfrutarlo, lo dejan libre de hacerlo en un sentido u otro, de una manera u otra.
- b. Son derechos que, de manera general, no aplican correlativamente a los demás (en aplicación del principio lógico-jurídico de no-vulneración) más que obligaciones de abstención, deberes de dejar hacer, no deberes de dar o de hacer. (Eso no es absoluto. Está claro que para que se asegure ese dejar-hacer a alguien, la autoridad pública, tiene que hacer, tiene que vigilar y sancionar. Mas tal actividad está sólo destinada a conseguir que se preserve esa no-interferencia o no-perturbación ajena.)

Moverse es un ejercicio vital. Una vida de calma, de total sedentarismo, es una no-vida o, en cualquier caso, una vida inhumana, contraria a nuestra naturaleza de seres móviles. Sin embargo, hasta donde hemos alcanzado a percibir, lo único que se les pide a los demás es no entorpecer ni restringir nuestros movimientos. No se les pide suministrarnos medios de transporte. Eso determina una rareza del derecho a la movilidad: derecho de libertad, es sin embargo, un derecho cuyo no-disfrute (absoluto), por voluntario que fuera, sería contrario al orden axiológico que inculca a la sociedad humana. Es un caso totalmente extraño. El ejercicio de esa función de movilidad, es tan propia que su realización tiene que ser voluntaria, estando excluidos los desplazamientos forzados (que cuando suceden, son considerados con razón, como violaciones del derecho de libertad). (Txotxu, A., et al., 2015)

No obstante, no podemos ser imparciales al considerar las opciones de quien prefiere la movilidad y quien opta la inmovilidad porque el uno escoge vivir, vivir humanamente, y el otro escoge no vivir o menos-vivir o vivir menos-humanamente. Todo lo anterior, empero, no determina el ámbito legítimo de la movilidad. Sabemos que cada derecho, por primordial que sea, está sujeto a dos tipos de límites: externos e internos. Son límites externos aquellas condiciones cuya inobservancia o cuya no concurrencia, determina que la conducta que se realice, caerá fuera del ejercicio del derecho en cuestión. Son límites internos aquellas condiciones cuya no-concurrencia, total o parcial, determina que la conducta en cuestión, aunque sea un ejercicio del derecho, será también, en alguna medida, una trasgresión a los derechos ajenos (siendo así una conducta mixta, lícita en un aspecto y en alguna medida e ilícita en otro aspecto o en otra medida). (Txotxu, A., et al., 2015)

Cada uno de nuestros derechos, sean de libertad o sean de bienestar, está sujeto pues, a límites externos e internos. Y el de movilidad también. Hay movimientos ilícitos que caen fuera del ámbito del ejercicio del derecho a moverse; p.ej. invadir en morada ajena, moverse alterando una

ceremonia que un grupo está efectuando en el ejercicio de su libertad ideológica o impidiendo el disfrute del derecho ajeno al descanso o con medios que implican riesgos para la vida o la salud de otros. Hay otros movimientos que sí se pueden subsumir en el ejercicio del derecho a moverse, en alguna medida, pero que chocan con derechos ajenos. En tales situaciones, que son las más, el ordenamiento jurídico busca, y ha de buscar, soluciones de compromiso, a medio camino, que permitan, hasta cierto punto, compatibilizar lo uno con lo otro, con una pauta de ponderación y armonía y según la primacía de los respectivos derechos y la intensidad de su disfrute. (Principio del no-abuso del derecho). (Peña L., et al., 2015)

2. Cuáles son los límites, internos y externos, del derecho a la movilidad

El derecho a la movilidad de unos, no ha de impedir el ejercicio del derecho ajeno a la movilidad y a la quietud (porque, aunque la movilidad es un valor, como se trata de un derecho de libertad, la opción por la quietud es también el ejercicio de ese derecho y ha de ser respetada). Nuestra movilidad consciente no ha de imposibilitar a otros moverse o permanecer quietos. No ha de desplazarlos de donde estén ni ha de coartarles el camino. La movilidad es lícita en la medida en que no se realiza con daño o riesgo para la vida y la salud ajena o por medios de transporte que implican ese daño o ese riesgo. (Peña L., et al., 2015)

También está condicionado el ejercicio del derecho a la libre movilidad por el respeto a los derechos ajenos de bienestar, aunque aquí podemos estar pasando de límites externos a límites internos. De modo general, esos límites son límites externos, o sea: el ámbito de conductas protegidas por el derecho a la libre movilidad no incluye actuaciones que conlleven daño o peligro para los demás en el disfrute de sus derechos esenciales de libertad y de bienestar. Ahora bien, hay diversos casos en los que la colisión es de grado, y ahí tenemos un conflicto entre derechos; en tales casos, los límites son internos. (Txotxu, A., et al., 2015)

El problema que surge es, si constitutivamente el derecho a la movilidad puede ser de tal índole que haya un límite geográfico más allá del cual la conducta móvil y el desplazamiento, quedan fuera del ámbito de realización del derecho. Para que así sea, la fijación de tal límite territorial ha de derivarse de uno de los límites externos, no de los límites internos. Lo que estamos tratando de indagar es otra cosa totalmente disímil: es si, consustancialmente, el ejercicio del derecho a la movilidad es un desplazamiento que queda fijado en un ámbito geográfico de tal modo que su rebasamiento surgiría completamente fuera de lo que es conceptualizable como un ejercicio de este derecho. Si nuestro análisis es correcto, no puede haber una demarcación así, que asignaría al

individuo humano -o a los grupos nucleares humanos, como las familias-, la obligación de permanecer dentro de cierto territorio o de no franquear ciertas fronteras. Creer que existe o puede coexistir tal obligación, es negar el derecho a la libre movilidad. (Peña L., et al., 2015)

Otra cosa será saber si, en situaciones de encuentro entre el ejercicio a la libre movilidad y ciertos derechos ajenos, individuales o colectivos, es lícito, hasta cierto punto, seccionar la libre movilidad (un límite interno a ese derecho) y hasta qué punto. Puede parecer que las reglas que hemos considerado hasta aquí son muy generales y abstractas porque se aplican a movibilidades genéricas: la movilidad de un vecino en un inmueble, la de un ciudadano en el territorio en el que las leyes le permiten residir y mudarse, la del habitante de una ciudad de visitar a otros y así repetidamente. Es ese mismo carácter genérico e indefinido, que es consustancialidad del derecho a la movilidad para el gozo de una vida evidentemente humana, lo que determina que cualquier limitación absoluta, cualquier reconocimiento del derecho sólo en un ámbito geográfico restringido, implica una privación cardinal del derecho según lo estamos analizando. (Txotxu, A., et al., 2015)

El derecho a la movilidad es un derecho que en sí no puede circunscribirse, que rechaza los límites externos, salvo aquellos que estén directamente comprometidos por la salvaguardia de derechos ajenos a la vida, la libertad, la salud u otros equivalentemente prioritarios. Otras limitaciones serán aceptables sólo como límites internos, no externos. De ahí que, cuando de este plano tan general, saltamos al plano concreto de si es lícito prohibir a la gente migrar de un sitio a otro, de una región a otra, de un país a otro, de un continente a otro, hayamos de optar por una de estas dos alternativas: o desechemos nuestro planteamiento jusfilosófico que demanda un derecho natural del individuo humano a la libre movilidad, o afirmamos que ese derecho no puede ser sujeto a ningún límite externo (salvo los que directamente se deriven del respeto a derechos ajenos a la vida, la libertad y la salud u otros similares). (Peña L., et al., 2015)

Es posible, claro, que haya errores en la argumentación de los enunciados precedentes. Es posible, por consiguiente, que estemos errados al sostener que es un existencial del ser humano el moverse y que el derecho a hacerlo libremente es un resultado del derecho que tenemos a la vida humana, a ser y vivir como seres humanos. Más, si no hay error en eso, si nos asiste ese derecho, entonces es tan esencial, tan vital, tan nuclear en nuestra vida, que no puede estar restringido por circunstancias políticas o económicas. Queremos decir que no puede estar así condicionado en su ser. Puede estarlo su lícito ejercicio, lo cual establecerá la existencia de límites internos. Aun en tal caso, el derecho a imputar esos límites habrá de estar, a su vez, limitado. (Txotxu, A., et al., 2015)

Las autoridades públicas a quienes incumbe y compete establecer tales límites, estarán sujetos a una necesidad de no abusar de su derecho a legislar imponiendo límites de esa índole, a fin de no violar el contenido sustancial el derecho de cada individuo humano a la libre movilidad. De todo eso se concluye un resultado: si reconocemos el derecho fundamental del individuo humano a la libre movilidad, cualesquiera limitaciones que se apliquen legalmente a su ejercicio, tienen que estar sujetas a varias condiciones.

- a. Han de ser respetuosas en su misma formulación de la existencia del derecho a la libre movilidad, o sea: no han de constituir negaciones de ese derecho ni implicar esa negación.
- b. Han de ser, a su vez, limitadas, proporcionadas al bien jurídico que tratan de proteger, sin sobrepasarse.
- c. Han de ser restricciones circunstanciales, no denegaciones absolutas, definitivas o que de manera esencial repriman a unos individuos humanos la realización de unos movimientos o desplazamientos.

Además de eso, si nuestra línea deductiva en lo precedente es correcta, tenemos que tener en cuenta no sólo el derecho a la movilidad, sino el valor de la movilidad humana. Si la movilidad, en su faceta de derecho, es simplemente la licitud de ir o no ir, de permanecer o marcharse, en su faceta de valor conlleva que es un bien jurídico a resguardar y tutelar, especialmente, el que radica en que los seres humanos vayan y vengan, de un modo en que no lo es que se queden. (Txotxu, A., et al., 2015)

Al ordenamiento jurídico le toca tutelar, amparar y ayudar las idas y venidas porque, a través de ellas, los seres humanos realizan más sus vidas, tienen vidas más humanas, y se relacionan más entre sí. Nuestra primera conclusión es que existe un derecho esencial del individuo a la libre movilidad; como todo derecho natural del hombre, en sí mismo no puede tener un límite constitutivo (externo) que no sea el respeto a derechos fundamentales de los demás. No puede ser, por lo tanto, un derecho a la movilidad dentro del territorio nacional o un derecho a que las autoridades del país propio, no le imposibiliten a uno salir de él (para ir adonde le hayan otorgado permiso a entrar). (Peña L., et al., 2015)

Hablamos de un derecho mucho más básico: del derecho de movilidad, del derecho a no estar un individuo consustancialmente restringido geográfica o territorialmente, a que ningún territorio de la Tierra le esté esencialmente vedado. Nuestra segunda conclusión es, que el ejercicio de ese derecho es un valor, una conducta migratoria enriquecedora para la vida humana y que la sociedad tiene

obligación de tutelar, proteger y favorecer (sin imponer). Los movimientos migratorios son hechos preciosos en la vida de las colectividades humanas y merecen que aquello que los entorpece, sea considerado como un desvalor, prohibiéndose cuando la obstaculización sobrepasa un límite permisible. Las conductas migratorias merecen ser impulsadas y estimuladas mediante medidas apropiadas -naturalmente dentro de unos límites y bajo determinadas condiciones-. Una humanidad con una movilidad fluida y pujante será una humanidad con mucha más vitalidad y riqueza (económica y cultural) que una humanidad inmóvil, estacionaria, fragmentada, segmentada, donde cada zona viva sin mezclarse con las demás. (Txotxu, A., et al., 2015)

La tercera conclusión es que consta en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 una grave laguna, puesto que no se recoge el derecho a la movilidad, aunque sí dos de sus corolarios (derecho a circular por el territorio del propio país y derecho a salir del propio país, o sea a que las autoridades nacionales no lo prohíban). Pero, ¿en qué se fundan esos dos corolarios? ¿Es cada uno de ellos un derecho independiente? ¿En qué necesidad esencial del hombre se enraízan? Es difícil contestar a tales preguntas sin decir que lo único prudente es que tiene que existir un derecho más general, abstracto y básico: el derecho a la movilidad, derecho natural del hombre basado en ser la movilidad un rasgo fundamental de la vida humana y, por lo tanto, en el valor de la movilidad. (Peña L., et al., 2015)

2.1. La incorporación del concepto “discriminación estructural” en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Se dice que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos están edificados sobre la desdicha y el sufrimiento provocados por la Segunda Guerra Mundial, dado que fue tras el fin de dicho suceso histórico, que la comunidad internacional puso en marcha una serie de mecanismos encaminados a la protección de los derechos de las personas; asunto que hasta ese momento, era considerado una competencia exclusiva de los Estados. Es así como, desde mediados del siglo XX y en adelante, surgieron una serie de instrumentos universales (instrumentos del sistema de Naciones Unidas) y regionales (instrumentos del sistema interamericano, europeo y africano) para la protección de los derechos humanos. En este contexto, en el año 1948, veintidós Estados acogieron la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA). (Uprimny, I. M. 2008)

Si bien este instrumento no consagró un método de protección de los derechos humanos, es posible aseverar que dejó sentadas las bases para ello al instituir, desde su introducción, la idea de la

centralidad del ser humano en la estructura de la sociedad. El mismo año se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana), que compone el primer instrumento regional en materia de derechos humanos. Sin embargo, esta declaración no implantaba obligaciones vinculantes para los Estados partes, ni concentraba un mecanismo internacional para la defensa de los derechos en ella reconocidos. Por este motivo, para que ciertamente se pusiera en marcha el sistema, fue necesario esperar hasta el año 1959, en que se resolvió fundar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Medina, C. et. al 2011)

El próximo paso para formar un sistema efectivo de protección de los derechos humanos se dio en el año 1969, en que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana).

Este tratado, además de reconocer derechos humanos y constituir obligaciones para los Estados partes, atribuye a dos órganos la aptitud para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Medina, C. et. al 2011)

Presentadas algunas consideraciones generales sobre el surgimiento y formación del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es transcendental precisar que este acápite, tiene por objeto reconocer si el concepto “discriminación estructural” se ha incorporado a dicho sistema; y, de ser el caso, si esta incorporación ha representado un avance en la lucha contra la discriminación. Considerando el objetivo propuesto, en primer lugar, se analizó cuál es el lugar que ocupa la igualdad y no discriminación al interior de este sistema; y, en un segundo momento, se estudió específicamente si el concepto discriminación estructural -o alguna de sus dimensiones-, se han incorporado expresa o tácitamente en los respectivos acuerdos, informes, opiniones consultivas y/o sentencias.

2.1.1. La noción de igualdad y no discriminación en el Sistema interamericano

La idea de igualdad y de no discriminación constituye un principio fundante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No resulta extraño, que este principio se encuentre presente en diversos instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos

en la región, así como en las interpretaciones llevadas a cabo tanto por la Comisión como por la Corte. (Nash, C. et. al 2010)

Los instrumentos internacionales mencionados evidencian que la discriminación por diversas causas (género, etnia, discapacidad, edad, etc.) constituye una preocupación que se encuentra muy presente en la agenda del Sistema interamericano. Además, la noción de igualdad y no discriminación presente en los tratados -en particular en la Convención Americana-, se ha ido dignificando progresivamente gracias a la interpretación efectuada por los órganos del sistema. (Corte IDH, 1995/01/13/15)

En la opinión consultiva OC-18/2003, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte interpretó que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *ius cogens* puesto que “sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Por consiguiente, todos los Estados, al margen de haber ratificado o no algún instrumento internacional, deben dar pleno cumplimiento a este principio. (Corte IDH, 2005)

En consecuencia, los Estados tienen la obligación de “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones prejuiciosas, excluir las regulaciones de carácter discriminatorio, pugnar las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y afirmen la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”. Por lo tanto, al hablar de igualdad y no discriminación en el Sistema interamericano, se hace referencia no solo a un compromiso convencional, sino también a uno de los principios fundantes del derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, la Corte ha buscado destacar el rol estructurante de la igualdad y no discriminación dentro del sistema, asignando un límite a la voluntad de los Estados. (Corte IDH, 2005)

2.2. La progresiva incorporación del concepto “discriminación estructural”

En el Sistema interamericano se viene desplegando una clara predisposición hacia la afirmación de un mayor reconocimiento y resguardo de los derechos humanos de las personas concernientes a grupos o fragmentos en desventaja o que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En las últimas décadas se han acogido tratados para prevenir y combatir la discriminación contra determinados grupos sociales y en los últimos años tanto la Comisión como la Corte -en el marco

de su labor interpretativa-, se han expresado a la importancia de adoptar medidas específicas para hacer frente a la discriminación, comprendida la discriminación estructural. (Stavenhagen, R. 2014)

Aunque académicamente no exista una gran cantidad de investigación y teoría respecto de la discriminación estructural, se encuentra un importante respaldo para la aplicación de su concepto en documentos inherentes al sistema interamericano, así como de la Corte.

2.3. En los tratados sobre derechos humanos

Al examinar el concepto “discriminación estructural” (o sistémica) se ha señalado que esta noción “hunde sus raíces en la presencia de estereotipos sociales que establecen a las personas discriminadas roles de subordinación”. (Barranco Avilés, Ma. del C. 2014)

Esta es una de las extensiones del concepto que ha sido recogida por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también denominada “Convención de Belém do Pará”, adoptada en el año 1994. Desde su preámbulo, esta Convención considera la violencia contra la mujer como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Asimismo, de conformidad con el artículo 8.b de este instrumento, los Estados Partes se comprometen a adoptar, en forma progresiva, medidas específicas para: *“...modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer”*... (Barranco Avilés, Ma. del C. 2014)

Por lo tanto, si bien este tratado no menciona expresamente la discriminación estructural, sí identifica dos elementos de este concepto: en primer lugar -en su preámbulo-, las relaciones de poder históricamente desiguales entre dos grupos sociales; y, en segundo lugar -en su artículo 8.b-, la existencia de estereotipos que asignan a uno de estos dos grupos (las mujeres) un rol subordinado, legitimando o exacerbando la violencia de género. Frente a ello se plantea la aceptación de medidas de carácter formativo que promuevan la metamorfosis de dichos estándares socioculturales. Otro tratado en el que también se ha invocado a los Estados partes a establecer medidas orientadas a eliminar los estereotipos sociales, en particular, a través de medidas de carácter educativo, es la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de

discriminación contra las personas con capacidades diferentes, acogida en el año 1999. (Barranco Avilés, Ma. del C. 2014)

De conformidad con el artículo III.2.c de dicho tratado, los Estados Partes se comprometen a trabajar en “...*campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes [...], propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad*”. De manera más reciente, en el año 2013, se adoptaron dos tratados contra la discriminación: la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; y la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. (Barranco Avilés, Ma. del C. 2014)

Al igual que los tratados anteriores, ambas convenciones hacen reseña a los estereotipos sociales y dan la razón al papel primordial de la educación, para batallar la discriminación. Además, en el preámbulo de estos dos tratados, se reconoce el valor de que los Estados, adopten medidas específicas para combatir la discriminación en todas sus manifestaciones “individuales, estructurales e institucionales”. Sin embargo, esta referencia (que alude expresamente a la discriminación estructural) no es retomada en el cuerpo de ninguno de estos dos tratados; ello pese a que ambas convenciones contienen un listado de definiciones que sí incluyen conceptos como “discriminación”, “discriminación indirecta” y “discriminación múltiple”. Por último, en el año 2015, se adoptó la Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores. Al igual que los demás tratados, esta Convención exhorta en la obligación de los Estados partes, de adoptar medidas dirigidas a erradicar los prejuicios y estereotipos que entorpecen el pleno disfrute de los derechos humanos. Este tratado, a diferencia de las dos últimas convenciones, no contiene una referencia expresa al concepto “discriminación estructural” (por consiguiente, tampoco define este concepto). Ello pese a que, a semejanza de las dos últimas convenciones, sí menciona y define otros conceptos, como: “discriminación”, “discriminación múltiple” y “discriminación por edad en la vejez”. (Barranco Avilés, Ma. del C. 2014)

Hasta aquí se ha hecho referencia a cinco tratados temáticos adoptados en el ámbito del Sistema interamericano entre los años 1994 y 2015. A manera de balance, cabe señalar que dos de ellas contienen una referencia expresa a la discriminación estructural; pero únicamente en su preámbulo, de manera que no definen este concepto ni le imputan derivaciones jurídicas expresas. (Corte IDH, 2012)

Asimismo, aunque este concepto no se mencione expresamente en los demás tratados, es posible afirmar que sí están presentes algunas de sus dimensiones. Por ejemplo, la Convención de Belém do Pará alude a las relaciones de poder históricamente desiguales entre dos grupos sociales (mujeres y hombres). Además, al hacer referencia a los estereotipos sociales, todas estas convenciones manifiestan la idea de que para combatir la discriminación es substancial hacer frente a una serie de preconcepciones y generalizaciones que se asignan a las personas debido a su pertenencia a expresos grupos sociales (dimensión grupal de la discriminación). (Corte IDH, 2012)

De ahí que se haga un llamado a los Estados partes para que adopten medidas (p.ej. medidas educativas) con el propósito de excluir los estereotipos que están en la base de la discriminación. A partir del análisis realizado en los puntos anteriores es posible afirmar que el concepto “discriminación estructural” se halla todavía presente en el discurso de la Comisión y de la Corte, e incluso en el preámbulo de algunos acuerdos del Sistema interamericano. Sin embargo, no se cuenta aún con una enunciación consolidada; a pesar de que se han adoptado diversos tratados que contienen listados de axiomas que sí incluyen conceptos como “discriminación”, discriminación indirecta”, “discriminación múltiple”, entre otros. Esto demostraría que la anexión de este concepto aún no es plena; no obstante, existe una progresiva tendencia hacia su reconocimiento. (Corte IDH, 2012)

Sin detrimento de ello, la anexión de este concepto ya viene dando lugar a algunos avances en la lucha contra la discriminación. Por ejemplo, entre los aspectos positivos se encuentra el hecho de que la discriminación ya no se percibe como un hecho aislado, sino como parte de un proceso que atraviesa todas las esferas de la humanidad. Una muestra de ello es que -de manera transversal-, los tratados, informes de la Comisión y veredictos de la Corte que aquí se han detallado, expresan su preocupación por los estereotipos que asignan a determinados grupos sociales. (Corte IDH, 2007)

Esto resulta notable, porque la convocatoria que se hace a los Estados Partes para eliminar dichos estereotipos, refleja la idea de que el principio de la segregación, se localiza en la condición en que la colectividad está instituida y que solo respaldando a esa estructura, es posible hacerle frente. De esta manera, se empiezan a afrontar las causas más profundas de la discriminación. Otro aspecto positivo es que, a través de su labor interpretativa, la Comisión y la Corte han prolongado los alcances de la prohibición de discriminación, originariamente entendida en su versión liberal clásica (esto es, como referida a la igualdad de trato), para dar cabida a la reflexión en torno a las relaciones de poder de carácter intergrupal (se habla, por ejemplo, del contexto de subordinación en que se encuentran las mujeres). Esta interpretación ha sido especialmente relevante en materia de violencia

de género; y por ello está presente en la Convención de Belém do Pará, en el informe temático de la Comisión titulado “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”; y en la sentencia de la Corte que resolvió el caso Campo Algodonero. (Corte IDH, 2012)

Ahora bien, pese a que el concepto discriminación estructural parece haber alcanzado un mayor perfeccionamiento con relación a los derechos de las mujeres, también ha sido indicado en informes temáticos de la Comisión y veredictos de la Corte con relación a otros grupos sociales. Por ejemplo, las personas aborígenes y afro descendientes, las personas en ambiente de indigencia, las personas LGBTI, las personas migrantes, etc. (Corte IDH, 2012)

Esto ha sido efectivo, pues ha permitido entrever la extensión de la discriminación que afrontan dichos grupos sociales en la región y que muchas veces ha sido tolerada o convalidada a través normas y prácticas estatales. En cuanto a la contestación que se exige frente a la discriminación estructural, la Comisión se ha referido al deber de los Estados Partes de acoger medidas de acción afirmativa para enmendar o subsanar la situación de discriminación estructural que enfrentan los grupos sociales citados. (Corte IDH, 2012)

Otra mejora ha tenido lugar en el terreno de las reparaciones, pues en aquellos temas en que la Corte ha reconocido una situación de discriminación estructural, no se ha limitado a ordenar que las cosas se restablezcan al estado anterior al momento de la vulneración. En estos casos la Corte ha ido más allá, ordenando a los Estados Partes que adopten las medidas necesarias para transformar dicha realidad. En algunos casos estas medidas han estado encaminadas a que se instruya a funcionarios y funcionarias del Estado, en particular del sistema de justicia, en cuestiones como: derechos humanos, perspectiva de género, derechos de la comunidad LGBTI, superación de estereotipos, entre otros. (Corte IDH, 2013)

Pese a los avances, es preciso tener en cuenta aquellos aspectos que se hallan pendientes y que permitirían fortificar la respuesta del Sistema interamericano frente a la discriminación. En primer lugar, con relación al concepto discriminación estructural, es importante que este sea desarrollado con mayor profundidad tanto por los tratados como por los órganos del sistema, hasta conseguir una definición afianzada que aporte claridad sobre su contenido y las consecuencias jurídicas de su aplicación. (Corte IDH, 2012)

Como señala Felipe González Morales, esto se pone de manifiesto al examinar el alto porcentaje de casos a los que la Comisión continúa dando seguimiento mucho después de haber resuelto al

respecto; y algo equivalente ocurre con los casos que llegan a la Corte, que se mantienen abiertos tiempo después de haberse emitido la sentencia correspondiente. (Corte IDH, 2012)

2.4. ¿Es la corte interamericana un factor de resiliencia?

Según analiza Rosmerlin Estupiñán, no se puede consumir este análisis de la vulnerabilidad, sin preguntar cómo hacerle frente desde las políticas representativas de los Estados. Por lo tanto, se cree necesario implantar un posterior desarrollo conceptual: la resiliencia, como el elemento que ha venido sirviendo a las ciencias aplicadas para subyugar las vulnerabilidades. La resiliencia es el resultado de múltiples procesos idóneos de interrumpir las trayectorias negativas, como aquellas que derivan de violaciones de los derechos humanos y es necesario, incluir la política pública entre las herramientas de resiliencia. De hecho, un aspecto mayor de la política pública es ley y esta contiene -en un sentido amplio-, los principios del derecho internacional de los derechos humanos acorde a lo interpretado por los tribunales y órganos competentes. Esta es la razón por la cual es viable, concebir a la Corte IDH como un factor de resiliencia. (Corte IDH, 2013) (Estupiñán-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

Esto es así puesto que el Juez interamericano ha acertado notoriamente que: ... *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”* y por el hecho de que *“no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre...”*. (Corte IDH, 2013) (Estupiñán-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

Cuando la Corte IDH dictamina un resarcimiento, ello apunta a la preservación y la restauración de los derechos y libertades fundamentales con respecto a eslabones más vulnerables del sistema (es decir, las personas y los grupos vulnerables) pero asimismo, es de uso corriente que la Corte IDH establezca además de las reparaciones puntuales para las víctimas, algunas transformaciones más estructurales resultantes de la obligación positiva estatal de garantía de derechos convencionales y del deber de adaptación del derecho interno (artículos 1 y 2 de la Convención Americana). (Corte IDH, 2013) (Estupiñán-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

Por otra parte, la reacción del Estado también se presenta más allá de la corrección y reparación del caso bajo estudio y esto incluso en ausencia de una decisión expresa. De manera complementaria, la Corte IDH está en la actualidad, reforzando su vigilancia a través del seguimiento de la realización de sus decisiones, con particular énfasis en el carácter prudente del tiempo invertido en la puesta en marcha de las medidas ordenadas y en su eficacia. (Corte IDH, 2013) (Estupiñan-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

No es intrascendente que la jurisprudencia de la Corte IDH haya señalado que: ... *“un Estado tiene la obligación de acoger todas las medidas necesarias y razonables para garantizar derechos de aquellos que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de éstos y toda vez que coexistan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”*. (Corte IDH, 2013) Estupiñán e Ibañez, establecen en “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales” que en efecto, cuando se trata de personas o de grupos vulnerables, el examen de la Corte IDH es más exacto y el nivel de protección convencional es más alto. En definitiva, el “test de vulnerabilidad” de la Corte IDH supone un análisis reforzado de la responsabilidad del Estado vis-à-vis personas o grupos identificados como vulnerables. (Estupiñan-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

Este examen puede incluir por lo menos los siguientes elementos:

2. La determinación de las circunstancias del caso.
3. El análisis de vulnerabilidad en sí mismo.
4. La identificación de una vulnerabilidad reforzada, si es notable para el caso.
5. La determinación del riesgo.
6. La existencia de posibilidades razonables para prevenir o impedir la realización de la amenaza a través de una respuesta específica de la Estado. (Corte IDH, 2013) (Estupiñan-Silva, R & Ibañez-Rivas, J., 2014).

La vulnerabilidad como condición personal y como situación específica, compone gradualmente y con fuerza, las políticas públicas estatales reforzando la capacidad de conciliación (La construcción colectiva de planes de desarrollo con las poblaciones, la consolidación de una línea jurisprudencial

nacional de protección), aunque los conceptos siguen siendo difusos y siguen fluctuando entre la noción de vulnerabilidad y algunos de sus componentes (La marginalidad social, la exclusión, la debilidad). (Walker, B. 2004)

El riesgo de violación de los derechos convencionales adentro del sistema interamericano es -sin duda-, todavía actual y el papel del juez interamericano no es menos significativo hoy que en los albores de la creación del procedimiento. Si uno de los principales problemas de los sistemas nacionales es la vulnerabilidad de los individuos y de los grupos humanos en su contexto, la respuesta está en la conciliación del sistema Estatal. (Walker, B. 2004)

Lo que podemos procurar por cierto es, que la Corte IDH hace uso del artículo 2 de la Convención Americana para desafiar a la capacidad de transformación de los Estados. Y más allá de la propia Corte IDH, el sistema interamericano se ha comprometido a acrecentar la resiliencia vis-à-vis de los grupos vulnerables. Las preferencias temáticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus relatores especiales, expresan en gran medida este hecho y la doctrina especializada podría participar de estos esfuerzos. (Walker, B. 2004)

2.5. La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos

El reto de considerar el derecho a la igualdad, radica en que su estudio puede partir, comenzando en la filosofía o desde el derecho positivo. En el primero de los casos, la metodología a seguir involucraría estudiar los distintos significados posibles sobre la igualdad y no discriminación; y con base en ello, determinar cuál sería el contenido que debe brindarse a las palabras igualdad y no discriminación. Esta primera aproximación tiene limitaciones, ya que el contenido de dichas acepciones no sólo atiende a la filosofía jurídica, sino que también circunscribe valoraciones de naturaleza política, y que lejos de ser compatibles, tienden incluso a refutarse en distintas oportunidades. (Moeckli, D. 2010)

En la segunda alternativa, se partiría del derecho positivo, y siguiendo con las reglas de interpretación del derecho positivo internacional aplicables, previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, se examinaría el derecho escrito de acuerdo con su literalidad, para luego brindarle sustancia mediante las reglas de interpretación jurídica, en manos de los jueces y demás expertos de las normas. (Moeckli, D. 2010)

En este sentido, visto que el objeto del presente capítulo es razonar el derecho a la igualdad y no discriminación desde una perspectiva estrictamente norma-centrista, se considera que el examen debe partir desde el derecho positivo, para luego ser descifrado conforme con las reglas que el derecho internacional suministra para ello. (Moeckli, D. 2010)

Esto no implica una exclusión absoluta de la perspectiva filosófica del derecho a la igualdad, sino tan sólo una restricción en la inventiva a seguir para dilucidar el contenido de las normas que regulan este derecho. Así, en este apartado se analizó el derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento jurídico positivo aplicable en el continente americano, haciendo reseña -en primer lugar-, a la literalidad de las normas que normalizan dicho derecho; en segundo lugar, al rango y valor que dichas normas jurídicas tienen en el ordenamiento jurídico americano, y posteriormente, a la relación entre las distintas disposiciones que legalizan la igualdad y no discriminación dentro del corpus iuris interamericano. (Moeckli, D. 2010)

Con ello, se pretendió identificar cuál es el marco dentro del cual hay margen para interpretar el derecho a la igualdad y no discriminación conforme con las disposiciones jurídicas aplicables, y cómo las distintas normas que regulan el derecho a la igualdad y no discriminación, están delineadas para relacionarse entre ellas. (Moeckli, D. 2010)

2.5.1. El derecho positivo

Como ha sido destacado previamente por la literatura, la igualdad es una idea vacía, ya que en sí misma no responde a la cuestión de quiénes son semejantes ni en qué consiste el trato igual. El desafío del intérprete jurídico es facilitarle sustancia al derecho a la igualdad y no discriminación desde la noción abstracta de la igualdad, convirtiéndola en formulaciones legales específicas que diferencien cuando un trato desigual es legítimo. En virtud de que el desarrollo propuesto procura estudiar la garantía de igualdad y no discriminación desde el derecho interamericano de los derechos humanos, se procedió a darle contenido a dicha noción a partir de las normas jurídicas que las anuncian. (Moeckli, D. 2010)

Para ello, se partió de las normas de interpretación previstas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y las previstas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Moeckli, D. 2010)

En efecto, la derivación de la previsión de estas normas es que, en la medida de que dicha obligación sea reivindicatoria para el Estado, éste deberá no sólo tomar acciones para garantizar el

acceso a los derechos contenidos en la Convención en condiciones de igualdad, sino tomar todas las medidas para garantizar que dentro de cada Estado se garanticen condiciones de igualdad en el acceso a todos los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en cada ordenamiento jurídico nacional. Aunado a lo anterior, la Convención Americana ilustra el valor del derecho a la igualdad y no discriminación cuando lo prevé no sólo en los artículos antes referidos, sino también cuando hace referencia a los mismos dentro de normas que corresponden a otros derechos. En efecto, del artículo 8.2 de la Convención se desglosa el derecho de toda persona, “en plena igualdad”, a garantías judiciales mínimas durante un proceso judicial. Los enunciados legales previstos en el derecho interamericano valdrán entonces como una cáscara, que mediante la interpretación de la norma realizada por la jurisprudencia y la doctrina, permitirán establecer el contenido que tiene el derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho interamericano. (Pérez, Edward J. 2016)

2.6. El rango y valor de la igualdad y no discriminación de acuerdo con la Corte Interamericana

De la conjetura general del derecho de igualdad y no discriminación en el derecho interamericano, sí se pueden conseguir conclusiones relacionadas con el rango y valor de los mismos. Prima facie, el reconocimiento de dichos derechos localiza un origen convencional en los tratados señalados anteriormente, de tal forma que su existencia como derecho estaría emparentada directamente con la validación de un Estado al tratado correspondiente, en este caso especialmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Corte IDH, 2014)

El carácter estatal observado en la sección anterior, fortifica la afirmación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la cual el derecho a la igualdad y la no discriminación tiene rango de *jus cogens* en el derecho internacional. (Pérez, Edward J. 2016)

En ese sentido, la Corte Interamericana recientemente afirmó que:

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no

discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. (Corte IDH, 2014)

En este sentido, en el año 2003 fue la primera ocasión en la cual la Corte tuvo la oportunidad de hacer referencia al rango del principio de igualdad y no discriminación, a través de su Opinión Consultiva 18 sobre la Condición Jurídica de los Migrantes Indocumentados, en la que expresamente se le consultó a la Corte si este principio pertenece al jus cogens. (Corte IDH, 2014)

En dicha oportunidad, la Corte amparó el carácter de jus cogens del derecho a la igualdad y no discriminación aseverando que:

“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”.

“Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”. (Corte IDH, 2003)

Dicha formulación ha sido posteriormente ratificada de forma uniforme a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante ello, en el presente capítulo no se intenta puntualizar si el razonamiento de la Corte en esa oportunidad fue suficiente para catalogar dicho derecho como parte del jus cogens. Si se acepta la formulación de la Corte por la cual dicha norma es de rango jus cogens, la igualdad y no discriminación se configurarían como normas

imperativas del derecho internacional, inderogables salvo por otra norma del mismo rango, y exigibles con independencia de la ratificación de algún tratado de derechos humanos. (Bayefsky, Anne F. 1990)

En este sentido, los Estados tendrían la obligación sustantiva de respetar y garantizar la igualdad y no discriminación, independientemente de que sean parte de alguna de las normas analizadas previamente o, en general, de algún tratado que prevea dicho derecho. Lo anterior no implica que algún tribunal, como la Corte Interamericana, tenga jurisdicción para valorar posibles incumplimientos de dicha obligación si el Estado no es parte de un tratado que le otorgue jurisdicción a algún tribunal internacional, como lo es la Convención Americana con relación a la alusiva Corte. (Bayefsky, Anne F. 1990)

Por ejemplo, D. Moeckli afirma que el derecho a la igualdad y no discriminación genera deberes a los Estados en el derecho internacional, pero en el plano de la tradición internacional. (Corte IDH, 2014)

Otros sectores de la doctrina, diferencian el rango y valor del compromiso de respetar y garantizar la igualdad y no discriminación de acuerdo con la condición sobre la cual se fundamentaría una posible distinción arbitraria: Bayefsky, en su artículo de 1990, por ejemplo, argumentó la pertenencia del derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho internacional consuetudinario con relación a las distinciones por razón de etnia y religión, sin proceder a afirmar que alguna otra categoría podría estar resguardada por el derecho internacional extra convencional. (Bayefsky, Anne F. 1990)

Es probable que el desarrollo de tratados internacionales cuyos fines han sido la erradicación de la discriminación, al igual que aquellos otros encaminados a la protección especial en favor de grupos vulnerables podrían respaldar que -siguiendo la línea argumentativa de la citada autora-, se haya prolongado el espectro de categorías salvaguardadas por el derecho internacional consuetudinario, o incluso se hubiese llevado a un desenlace más amplio, como la señalada por D. Moeckli o la prevista por la Corte Interamericana en su reiterada jurisprudencia. (Corte IDH, 2014)

En cualquier caso, lo que pareciera constante en el derecho internacional, y en particular en el derecho interamericano, es que los Estados se hallan forzados a respetar y garantizar la igualdad y no discriminación de todas las personas, ya que, independientemente de su calificación dentro de las fuentes del derecho como *jus cogens* o como costumbre internacional, genera compromisos vinculantes para los Estados, con independencia de la existencia y ratificación de un tratado que

prevea dicho derecho, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Corte IDH, 2014)

2.7. Una aproximación a la definición de igualdad y no discriminación

En este punto, pretendimos darle contenido a los conceptos “igualdad” y “no discriminación” en el marco del derecho interamericano y, en particular, con base en las disposiciones contenidas en la Convención Americana. Al respecto, como ha afirmado Uprimny, “existen distintas concepciones de igualdad, que pueden ser incluso discordantes entre sí. (Uprimny R. Y. et al., 2005)

Por ejemplo, no sólo no es lo mismo hablar de igualdad de trato, igualdad de oportunidades o igualdad de resultados, sino que a veces el respeto de cada uno de estos tipos puede convertirse en la vulneración de otro. De dicha derivación se desglosa la relevancia de establecer cuál es el contenido de dicho derecho dentro del marco fijado por las normas jurídicas examinadas. (Uprimny R. Y. et al., 2005)

2.8. La definición de no discriminación, interpretada a la luz del derecho interamericano

El texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no suministra una definición del término discriminación. De una lectura de las demás normas que conforman el derecho interamericano, se puede observar que el artículo 1 de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, sí provee una definición del respectivo concepto, al preverlo de la siguiente forma: *Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.* (Uprimny R. Y. et al., 2005)

La discriminación puede estar fundada en motivos de nacionalidad, edad, género, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra. (Uprimny R. Y. et al., 2005)

Igualmente, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores define discriminación en su artículo 2, en los siguientes términos: *“Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”*. (Corte IDH, 2014)

No obstante, los axiomas proporcionados por dichas Convenciones, no se encuentran vigentes hasta la fecha, ya que dichos tratados no se encuentran en vigor todavía.

Sumado a ello, si bien la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define *“discriminación contra las personas con discapacidad”*, este tratado no suministra una definición clara al respecto del término “discriminación”, en general. De esta forma, en el derecho positivo interamericano vigente no localiza una clara práctica que defina el término discriminación. (Corte IDH, 2014)

Por su parte, la Corte Interamericana ha definido discriminación como toda diferencia de trato que carezca de justificación objetiva y razonable, *“es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”*. Dicha definición se adoptó con base en la reiterada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone la obligación de los Estados parte de dicho tratado, de no discriminar en el aseguramiento de los derechos previstos en dicho tratado en favor de las personas. (Corte IDH, 2007)

Dicha definición debe ser leída en conjunto con la proporcionada por el Comité de Derechos Humanos, mediante su Observación General Número 18, en la que discriminación es: *...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*. (Corte IDH, 2014)

La misma fue acogida por el Comité con base en la definición que brinda, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la

discriminación racial, y la que proporciona, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre la discriminación contra la mujer, identificando los elementos comunes de cada una de las enunciaciones proporcionadas por dichos tratados, para inducir la definición ante dicha. (Corte IDH, 2014)

Las definiciones dadas por el Comité de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos, son útiles para la construcción de una definición de las disposiciones de la Convención Americana y de los demás tratados del derecho interamericano sobre no discriminación. (Corte IDH, 2014)

El texto de los artículos 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es similar al de los artículos 1.1 y 24, respectivamente, e igualmente, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es análogo al artículo 1.1 de la Convención. (Corte IDH, 2014)

Además, dichos tratados atienden a objetos similares, y resguardan en ambos casos la igualdad y no discriminación tanto en el goce de los derechos contenidos dentro del tratado (cláusula subordinada), como en general ante cualquier otra práctica o normativa estatal (cláusula autónoma). (Corte IDH, 2014)

Aunado a ello, la metodología seguida por el Comité de Derechos Humanos para el diseño de la definición de discriminación dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inducida de las definiciones de discriminación racial y discriminación contra la mujer, es igualmente aplicable al derecho interamericano. (Corte IDH, 2014)

En este sentido, partiendo de la definición de discriminación contra las personas con discapacidad contenida en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, se podría inducir que, en el marco del derecho interamericano actual, la discriminación estaría definida como toda distinción, exclusión, restricción que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio en perjuicio de un grupo determinado de personas, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. (Corte IDH, 2014)

En este sentido, partiendo de las distintas modalidades de interpretación del término discriminación antes señalados, se considera que el término “discriminación” en el marco del derecho interamericano vigente, debe ser entendido como lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Núm. 18. (Corte IDH, 2014)

Dicha definición abarca la totalidad de los elementos proporcionados por las demás definiciones de discriminación que podrían ser adaptables con base en el ordenamiento jurídico interamericano. (Corte IDH, 2014)

2.9. El término igualdad en el derecho interamericano: ¿igualdad formal o material?

La falta de enunciación en los tratados internacionales del término igualdad, es un poco más compleja. En este sentido, ni el derecho positivo interamericano, ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana permiten explicar con claridad, una definición del término igualdad. Ahora bien, la falta de una “posición” en cuanto a la definición de igualdad en el derecho interamericano ha llevado a una definición holística sobre dicho principio. En efecto, la doctrina ha señalado que la Convención Americana permite una doble interpretación del derecho a la igualdad: un concepto de igualdad formal que *“se basa en la idea que la ley debe aplicarse de forma similar a todos los individuos con independencia de sus características”*, y una segunda concepción de igualdad de oportunidades, relacionada *“a la preocupación por extender la esfera de garantías de los derechos a grupos que inicialmente no estaban incluidos bajo su amparo”*. (Uprimny R. Y. et al., 2005)

La jurisprudencia de la Corte avala dicho planteamiento. En los casos en los cuales se valora la “igualdad entre iguales”, la Corte ha seguido el criterio de igualdad formal, por el cual ante situaciones iguales, proceden derivaciones iguales. Por ejemplo, en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, la Corte asumió una tesis de igualdad formal entre jueces titulares y provisorios en el acceso a la justicia y el acceso a cargos públicos. (Uprimny R. Y. et al., 2005)

En dicho caso, la Sala Político Administrativa venezolana determinó que la destitución de la jueza Reverón Trujillo había sido arbitraria, pero que, por su condición de jueza provisorio, no procedía su restitución. Ante ello, la Corte determinó que: *...la diferencia de trato entre jueces titulares que cuentan con una garantía de inamovilidad plena, y provisorios que no tienen ninguna protección de dicha garantía en el contexto de la permanencia que les corresponde, no obedece a un criterio razonable, conforme con la Convención...*

Por ello, el Tribunal concluye que la señora Reverón Trujillo soportó un trato desigual arbitrario respecto al derecho a la permanencia, en condiciones de igualdad, en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual constituye una violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana en

conexión con las obligaciones de respeto y de garantía establecidas en el artículo 1.1 de la misma. (Corte IDH, 2009)

Otro caso en el cual la Corte adoptó una tesis de igualdad formal es el caso Atala Riffo vs. Chile, en el que la Corte debía valorar la sentencia de la jurisdicción chilena de otorgar la tuición de tres niñas a su padre, debido a que la madre era de orientación sexual diversa. En este caso, la Corte determinó que la serie de razonamientos “abstractos, estereotipados y/o discriminatorios” en los que se estableció que la decisión de los tribunales chilenos, no argumentaba la distinción de trato entre ambos padres, por lo que existió discriminación en perjuicio de la señora Karen Atala Riffo en dicho proceso de cuidado. (Corte IDH, 2009)

En este sentido, la Corte asume una tesis de igualdad formal entre ambos padres frente al proceso de protección que mantenían sobre sus tres hijas, y la falta de incitación razonable que justificara la distinción realizada por el tribunal chileno permitió que la Corte Interamericana identificara discriminación en perjuicio de la señora Atala Riffo. Por otra parte, en los casos en los cuales la Corte ha tenido que hacer referencia a la “igualdad entre distintos”, ha acogido una interpretación más cercana a la acepción de igualdad como igualdad de oportunidades, exigiendo que el Estado deba ofrecer contextos para que los grupos que estructuralmente habrían sido excluidos, puedan gozar de los derechos referidos en condiciones de igualdad. La Corte observó que: ... *“de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”*. (Corte IDH, 2013)

En ese caso, la Corte valoró la expulsión por parte de Bolivia de los integrantes de una familia en situación de migrantes en condiciones irregulares, y a su vez, solicitantes del estatus de refugiado. La Corte, en su análisis, determinó que: ... *“los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad”, que conllevó a una situación de desigualdad mantenida por “situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”*. (Corte IDH, 2013)

Ante este contexto de desigualdad, para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad a los integrantes de este grupo vulnerable, la Corte estableció que: *Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la*

justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. (Corte IDH, 2014)

La presencia de condiciones de desigualdad real, obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a subyugar o excluir los inconvenientes y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. (Corte IDH, 1991)

Por ello, la Corte consideró que “si se complementan las normas anteriores con el corpus juris aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que [...] está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera [...] a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria”, y por ello las autoridades del Estado “deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión”. (Corte IDH, 2012)

Ante la falta de estas garantías, el Estado de Bolivia fue declarado responsable internacionalmente por la violación de los derechos convencionales de los integrantes de la familia Pacheco Tineo. (Corte IDH, 2012)

En este caso, se puede observar la construcción de una interpretación del derecho de acceso a la justicia en la Convención con base en una situación estructural de desigualdad en perjuicio de los migrantes en condición de irregular, por la cual el Estado estaría obligado a garantizar situaciones de igualdad en el acceso a la justicia a desiguales. (Corte IDH, 2012)

Otro ejemplo en el que la Corte Interamericana entendió el concepto de igualdad como igualdad de oportunidades es el de Artavia Murillo y otros. En dicho caso, la Corte valoró la prohibición absoluta en el Estado de los procedimientos de fecundación in vitro, lo cual generó un impedimento al derecho de las parejas a elegir si someterse a dichos procedimientos, especialmente, aquellas personas que sufren de infertilidad. En dicho caso, la Corte determinó que: ... “*es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas*”, por lo que:

“las personas con infertilidad en debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva”. (Corte IDH, 2012)

En este sentido, la Corte aclaró el derecho a la igualdad como igualdad de oportunidades, requiriendo al Estado brindar condiciones para que las personas que sobrellevan infertilidad, en su situación de vulnerabilidad, puedan poseer instrumentos para atender a dicho problema de salud. Partiendo de lo anterior, pareciera que la decisión sobre cuál acepción de la igualdad debe aplicarse -al menos en el marco del derecho interamericano-, viene determinada por la condición de los sujetos de derecho involucrados, y de la posible existencia de situaciones de vulnerabilidad especiales en cada caso. En este sentido, la acepción de igualdad como igualdad de oportunidades operaría -principalmente-, en aquellos casos en los cuales las distinciones se reseñen a situaciones de discriminación estructural. (Courtis, C. 2017)

2.10. Distinciones legítimas

Una distinción entre dos personas no necesariamente involucra que exista discriminación y, por ende, no implica una violación al derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el derecho interamericano. (Courtis, C. 2017)

En efecto, tal como se señaló anticipadamente, existe discriminación en la medida que coexista una distinción entre dos personas que no sea objetiva ni razonable. Por argumentación en contrario, una distinción puede ser legítima en la medida que sea objetiva y razonable, lo cual conlleva que mantenga un fin genuino y que exista una relación sensata de proporcionalidad entre los medios usados y el referido fin. (Courtis, C. 2017)

Partiendo de lo anterior, al momento de valorar la legitimidad de una distinción, provienen realizar tres operaciones:

1. Determinar si una situación jurídica entre dos personas es relevantemente igual, con el fin de identificar si aplicarían al caso en estudio las obligaciones que derivan del derecho a la igualdad y no discriminación;
2. Identificar cuáles justificaciones podrían ser consideradas legítimas y cuáles estarían prohibidas conforme con el derecho interamericano, y
3. Determinar si la distinción que existió atiende a un test, en el que se determine la legitimidad y proporcionalidad de la medida.

2.11. Identificando si dos situaciones jurídicas son iguales o análogas

No es sencillo identificar cuándo dos situaciones jurídicas son iguales o equivalentes, para los efectos de establecer si existe o no una violación a los derechos a la igualdad y no discriminación. Efectivamente, si se exigiera una igualdad absoluta entre situaciones jurídicas para establecer el acatamiento de las obligaciones estatales en cuanto a la igualdad y no discriminación, posiblemente el contenido de dicho derecho permanecería vacante. Difícilmente dos personas sean exactamente iguales. Con dificultad dos situaciones jurídicas serían idénticas. Ante esta situación, la doctrina traza una solución: La notabilidad de las similitudes y diferencias, debe fijarse con respecto a la norma o situación específica de la cual se deriva el trato específico, en tanto el tema en cuestión, consiste precisamente en establecer si dos personas o grupos son lo bastante similares, para requerir prima facie un trato igual en un asunto en particular, o lo suficientemente distintas para demostrar o incluso para exigir, un trato diferenciado. Son pues el tipo de trato realizado y el propósito alcanzado por las autoridades, los factores que determinan si la situación es o no relevantemente igual. (Uprimny R. Y. et al., 2005)

De tal manera, no es la totalidad de la situación jurídica la que pretende ser igual para que opere el derecho a la igualdad y no discriminación. Son sólo los elementos principales para la aplicación de la norma o práctica por parte del Estado, los que deben ser ponderados a los efectos del cumplimiento de la necesidad de igualdad y no discriminación. El planteamiento señalado ha sido tomado por la Corte Interamericana en sus razonamientos al momento de identificar circunstancias análogas. No obstante ello, la Corte juzgó si “el cumplimiento de los requisitos de jubilación introducía una diferencia razonable entre dos grupos de acuerdo con los fines de la norma disciplinaria aplicada”. (Corte IDH, 2013)

Ante ello, concluyó que: *La Corte considera que la jubilación es un derecho ajeno a la condición de idoneidad para el ejercicio de funciones públicas, como también a la constatación, calificación e imputación de los hechos que causaron el proceso de destitución. La Corte constata que los cinco jueces tenían un grado idéntico de responsabilidad disciplinaria, y el hecho de que algunos de ellos cumplieran con los requisitos para jubilarse no desvirtuó en sentido alguno, dicha constatación.* (Corte IDH, 2013)

De esta forma, la Corte identificó una situación análoga entre los cinco jueces, y determinó que su situación frente a la jubilación, no era un factor sensato para evidenciar diferencias en la aplicación de una sanción disciplinaria por la emisión de una decisión judicial unánimemente adoptada entre

todos ellos. Siguiendo el criterio de la Corte Interamericana, al interpretar la norma jurídica correspondiente a la igualdad y no discriminación, se debe identificar cuál es la norma o práctica aplicada de forma distinta a dos situaciones jurídicas, y si los criterios por los cuales se aplicó dicha norma o práctica de forma distinta son apreciables para su concerniente aplicación. En este sentido, se debe verificar la relevancia del factor que motivó la aplicación distinta de una norma o práctica, para determinar si realmente estaban en situaciones análogas o iguales. (Corte IDH, 2013)

2.12. Justificaciones en el derecho interamericano para una distinción

Tal como se señaló preliminarmente, no toda distinción es inversa al derecho interamericano y, en particular, al derecho a la igualdad y no discriminación. Existen distintas razones que podrían justificar una distinción, siempre que atiendan a un test, al cual se hará referencia posteriormente. No obstante, el derecho positivo puede regular de forma expresa, algunos casos en los que una distinción se localice especialmente prohibida. En efecto, en la doctrina se ha identificado que el derecho positivo puede orientar tres modalidades para prever justificaciones que deben estar prohibidas al momento de establecerlas:

1. La previsión de una garantía general de igualdad, como la establecida en el artículo 24 de la Convención, por la cual el órgano con jurisdicción, mediante la aplicación de un test, determina cuáles son o no las distinciones legítimas o ilegítimas, sin prever una lista de causales prohibidas;
2. La previsión de una lista taxativa de razones prohibidas para realizar distinciones, por la cual el intérprete de la norma debe limitarse a valorar si la restricción fue realizada por alguna de las causales previstas en ella, y
3. La previsión de una lista abierta, mediante la cual el texto de la norma prevé una relación de categorías prohibidas para realizar una distinción, pero que además deja abierta la posibilidad de que existan otras justificaciones prohibidas. El artículo 1.1 de la Convención Americana se enmarcaría en este supuesto. (Moeckli, D. 2010)

Este último supuesto requiere mayor ampliación, ya que admite la pregunta ¿cómo se determina cuáles serían las otras justificaciones que se encontrarían prohibidas para realizar una distinción? En efecto, el artículo 1.1 provee una lista de justificaciones prohibidas para realizar una distinción, que concluye con “cualquier otra condición social”. En el caso Atala Riffo, la Corte se vio en la obligación de determinar si la orientación sexual era una categoría prohibida para realizar una distinción en el marco del artículo 1.1 de la Convención Americana. Para ello, la Corte, con base en

las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, que exigen que las disposiciones del tratado se interpreten brindando siempre “la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado”, confirmó que “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo”. (Corte IDH, 2013)

Partiendo de ello, la Corte tomó en cuenta:

1. Las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual;
2. La interpretación realizada por la Corte Europea de Derechos Humanos de la respectiva cláusula de no discriminación contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que permitía la incorporación de la orientación sexual como justificación prohibida;
3. Las otras decisiones de los órganos de tratado del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos que fortalecían la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual, y
4. Las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU que se referían a la prohibición de discriminar con base en la orientación sexual, y, por ello, determinó que:

Teniendo en cuenta las obligaciones normales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención.

Por ello está desterrada por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la alineación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. (Corte IDH, 2013)

Al respecto, la Corte valoró:

1. Pronunciamientos realizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante los cuales determinó que el estado de salud se encontraba dentro de las categorías protegidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
2. Pronunciamientos realizados por el Comité de los Derechos del Niño;
3. Resoluciones de la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y
4. Informes de varios Relatores Especiales de Naciones Unidas, con el fin de determinar que “el VIH es un motivo por el cual está prohibida la discriminación en el marco del término ‘otra condición social’ establecido en el artículo 1.1 de la Convención”. (Corte IDH, 2015)

En este sentido, siguiendo el análisis realizado en ese caso, correspondería interpretar los términos “otra condición social” contenidos en el artículo 1.1 de la Convención siempre a la luz de las demás normas y otros instrumentos que podrían ofrecer la interpretación más favorable al respecto.

2.13. Discriminación directa e indirecta

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. Así lo ha determinado la Corte en su reiterada jurisprudencia al afirmar que: “*los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto*”. (Corte IDH, 2012)

La discriminación directa se cristaliza en aquellos casos en los que existe un trato perjudicial en menoscabo de una persona frente a otra, en contextos comparables.

En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio, involucraría consecuencias jurídicas diferentes para dos personas que se encuentran en una situación análoga. En estos casos, correspondería al demandante indicar que otros han sido tratados de mejor forma sin justificación, y que ambos se encuentran en una situación comparable. (Moeckli, D. 2010)

Al respecto, la Corte ha expresado que la discriminación indirecta, se ve reflejada en aquellos casos en los que: “*el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables*”. (Corte IDH, 2000)

Así, en el caso Nadege Dorzema, la Corte determinó que un grupo de migrantes haitianos fueron víctimas de discriminación indirecta debido a:

- I. La falta de medidas preventivas para enfrentar de manera adecuada situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera terrestre con Haití y en consideración de su situación de vulnerabilidad;
- II. La violencia desplegada a través del uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza en contra de personas migrantes desarmadas;
- III. La falta de investigación con motivo de dicha violencia, la falta de declaraciones y participación de las víctimas en el proceso penal y la impunidad de los hechos;
- IV. Las detenciones y expulsión colectiva sin las debidas garantías;
- V. La falta de una atención y tratamiento médico adecuado a las víctimas heridas, y
- VI. El tratamiento denigrante a los cadáveres y la falta de su entrega a los familiares. (Corte IDH, 2000)

Así, la Corte valoró dichos hechos no de manera separada, sino en atención a la especial condición de vulnerabilidad en la que las personas migrantes haitianas se hallaban en esa oportunidad. (Corte IDH, 2000)

De esta forma, el especial contexto de vulnerabilidad en la que se encontraban los migrantes haitianos generó que, hechos que originalmente no serían constitutivos de discriminación, tuviesen consecuencias negativas exageradas sobre dicho grupo, generando una desigualdad en el resultado dirigida contra el mismo. (Corte IDH, 2000)

2.14. La vulnerabilidad

La Corte Interamericana razona que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, es facultativa de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado, es ineludible para reparar las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. (Adger, N. et al. 2014)

La Corte insiste que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperioso el acogimiento de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la realidad específica en que se encuentre. (Adger, N. et al. 2014)

En el mundo entero las Cortes parlamentan de vulnerabilidad, a pesar de la extrañeza jurídica del concepto. El concepto hace alarde a una actualidad desbordante en varias temáticas esenciales como

el cambio climático, el desarrollo y las catástrofes naturales y humanas, donde sus elementos conceptuales han sido ampliamente desarrollados. (Adger, N. et al. 2014)

En esta investigación, se pone en evidencia el análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aunque ella no ha calificado como tal su actuación, defendemos que se está construyendo un “test de vulnerabilidad” que ha venido evolucionando caso por caso. (Adger, N. et al. 2014)

Partimos del hecho de que la vulnerabilidad se refiere a los sistemas naturales de la misma manera que a los sistemas humanos; por lo tanto, la presencia de migraciones conceptuales transdisciplinarias es altamente probable. Por lo tanto, analizamos cómo el enfoque de la Corte IDH refleja con detalle los elementos presentes en la definición de las ciencias aplicadas en materia de vulnerabilidad, es decir, cómo los mecanismos de la “teoría de la vulnerabilidad de sistemas”, han sido constituidos en la construcción del “test de vulnerabilidad” de la Corte IDH. La demarcación conceptual de las ciencias aplicadas, arroja tres elementos de base que entendemos útiles en la identificación de una tipología de la vulnerabilidad construida por el juez interamericano: las causas subyacentes, las circunstancias (exposición) y las características (sensibilidad), con el fin de identificar el conjunto de las particularidades del sujeto vulnerable. (Adger, N. et al. 2014)

Es un hecho evidente, que el método universal de interpretación es utilizado con fuerza por el juez interamericano y entendemos que este método, juega un papel transcendental en la construcción de la noción de vulnerabilidad en el seno del sistema interamericano de derechos humanos. (Burgorgue-Larsen, L. et al. 2009)

En efecto, entendemos que cuando la Corte IDH se refiere al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Convención Americana), los jueces interamericanos están centralizando sus esfuerzos en incidir en las políticas públicas del Estado para enclavar respuestas en términos de resarcimiento y garantías de no repetición (para el caso preciso), pero también en términos de adaptación prospectiva; esto es, de depreciación de la vulnerabilidad futura (resiliencia). Este componente a nuestro entender, pone en evidencia el papel que juega el propio juez interamericano en la capacidad de dichas personas o grupos para “salir adelante” o “superarse” después de las violaciones convencionales sufridas. (Burgorgue-Larsen, L. et al. 2009)

2.14.1. Elementos conceptuales

Persiguiendo la cadena determinada por Lampis para América Latina, esta evolución conceptual incorporada a los desastres mayores sufridos por el continente, integró a las causas en los años noventa, el fenómeno social proveniente de las desigualdades en el acceso y la distribución de recursos y de oportunidades. (Lampis, A. 2013)

Por su parte, como reflejo de la vulnerabilidad futura, a partir del siglo XXI, los estudios científicos se han condensado en la capacidad de conciliación de las personas que enfrentan dichas amenazas, incorporando las políticas públicas como situación necesaria para la reducción del riesgo. Dado que el riesgo, según las Naciones Unidas es “la combinación de la probabilidad de un evento y sus consecuencias negativas”, esto es, la persistencia de amenazas en un periodo de tiempo o en un territorio dado, es claro que el riesgo solo puede disminuir a partir de la reducción de la vulnerabilidad frente a la amenaza. (Lampis, A. 2013)

La capacidad de adaptación se encuentra fuertemente relacionada, con la sensibilidad (“grado de respuesta frente a la perturbación externa”) de un sistema frente a las amenazas externas. En efecto, el sistema es menos vulnerable, si la sensibilidad es baja y si la capacidad de absorber la perturbación es significativa. (Lampis, A. 2013)

Esta capacidad de adaptación se aproxima en gran medida, al concepto de resiliencia de sistemas. El término resiliencia proviene del latín *resilire*, que significa “rebotar”. (Lampis, A. 2013)

La resiliencia de los sistemas humanos ha sido definida por las Naciones Unidas a partir de elementos concretos:

- 1) la capacidad de resistir, absorber, adaptarse y corregir los efectos de un peligro,
- 2) el carácter oportuno del tiempo requerido para esto, y
- 3) la eficacia de la acción llevada a cabo. (González Galván, J.A. et. al 2001)

Así pues, como herramientas conceptuales, en el análisis que abordamos, hacemos uso de los elementos de la vulnerabilidad estudiada por las ciencias aplicadas sin pasar por alto elementos sociológicos, antropológicos y económicos (individual y de grupo, estatal e internacional) y variables propias a las ciencias sociales. (Fineman, M.A. 2008)

Para efectos metodológicos, “la amenaza”, en el marco de la jurisprudencia de la Corte IDH es definida como la violación convencional invocada por la víctima presunta. Esta demarcación conceptual, está justificada porque en el seno del sistema, se perpetra un filtro considerable de peticiones; como corolario, la Corte IDH debe conocer exclusivamente, los casos que presentan un grado de gravedad superior a la media de las violaciones de los derechos humanos en el seno de los Estados Parte, tomando en consideración su dimensión, intensidad y duración. (Lavell, A. 2011)

De la misma manera, en el caso de las violaciones de derechos humanos repasadas durante este estudio, la capacidad de adaptación (como resiliencia), está emparentada al seguimiento institucional y personal de las víctimas de dichas violaciones con el fin de que enmienden su vida y puedan comenzar una experiencia diferente, al respecto de sus derechos. (Anderson, M.B., 1994)

Posteriormente, no pasamos por alto que la escuela jurídica a menudo, numera una partición entre la noción liberal de vulnerabilidad como un elemento innato a todos los seres humanos y una noción de vulnerabilidad centrada en la necesidad y la dependencia de ciertos individuos o grupos. (Anderson, M.B., 1994)

En este sentido, atendemos los adelantos de autores como Fineman, quien protege la noción de vulnerabilidad, como respuesta a las debilidades del modelo liberal de la igualdad, en particular en el seno de sociedades que no tienen una política pública en materia de acceso a los derechos sociales y económicos. (Fineman, M.A., 2010)

Y por ello, nuestro análisis de un test de vulnerabilidad en construcción, que apunta a llenar vacíos expuestos por autores como Chapman y Carbonetti, quienes afirman que: *“pese al compromiso para con la defensa de los individuos y los grupos vulnerables y desfavorecidos, los derechos humanos no cuentan con una teoría central o con un marco teórico para hacerlo”*. (Chapman, A.R. & Carbonetti, B., 2011)

Es así que como resultado, existe discriminación en individuos vulnerables, bajo otras circunstancias no contempladas (Pérdida, robo o hurto de documentos, violencia callejera, etc.) (Bordas Martínez, J. et. al 2011)

2.15. La vulnerabilidad entendida a través de su contexto

El test de la vulnerabilidad comienza con el estudio del contexto en el que las violaciones convencionales, ocurren. Dicho contexto es examinado a partir de las causas subyacentes como

reenvíos a las circunstancias históricas, políticas y sociales de las violaciones convencionales y a partir de otros elementos estructurales de presión que pueden establecer el grado de afectación de los derechos en cuestión, cuyo papel se transforma de un caso a otro. (Adger, N. et al. 2014)

2.15.1. El comienzo del test de vulnerabilidad: Las causas subyacentes

La Corte IDH reconoce que la vulnerabilidad está nutrida por ciertas situaciones de jure (ej. las desigualdades ante la ley entre nacionales y extranjeros) y de facto (ej. desigualdades estructurales) que tendrán derivaciones decisivas, en acceso a los recursos públicos. (Blaikie, P., 2013)

2.15.2. La limitación en el acceso a los derechos convencionales

La vulnerabilidad es una derivación del reconocimiento explícito de que, en la práctica, los derechos y obligaciones no se distribuyen por igual entre la población en América Latina.

Aunque la distribución de los recursos del Estado se garantiza a través del acceso a los derechos, de facto esto depende de factores sociales y económicos, que incluyen el género, el origen étnico, la condición social y la edad entre otros. Las posibilidades reales de ejercicio de los derechos, depende de lo que la doctrina de las ciencias aplicadas, llama las “calificaciones de acceso”; es decir, el conjunto de perfiles sociales imperiosos, para aprovechar las oportunidades de acceso a los derechos. (Blaikie, P., 2013)

Lógicamente, los caracteres sociales son versátiles y obedecen a la conducta social en vigor. Cada circunstancia de ejercicio de los derechos, tiene sus propios resultados, y esto expone el deber del Estado de adecuar el sistema, a las particularidades delimitadas de las personas bajo su jurisdicción, con especial atención en las franjas sociales más vulnerables. (Blaikie, P., 2013)

Así, desde su originaria sentencia en Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte IDH se interesó de manera explícita en las dinámicas de exclusión en el seno de los Estados, en particular aquellas que afectan a individuos o grupos de personas en situación de riesgo.

Trátese, por ejemplo, de la existencia de una práctica o política metódica o consentida por el poder público, cuyo efecto es el de imposibilitar a ciertos reclamantes, la utilización de los recursos internos que normalmente, quedarían al alcance de los demás, de la negativa del acceso a los servicios de urgencia en salud cuando el solicitante se halla bajo la custodia del Estado, o de límites

desproporcionados en el acceso al juez, incluso cuando dicha limitación emana de un estatuto de capacidad relativa en el goce de los derechos ligados a la edad. (Corte IDH, 1988, 2002/4/12)

También en el marco del análisis referente a los pueblos indígenas, por ejemplo, el juez interamericano subrayó espacios multiplicadores de la vulnerabilidad como “la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas injustas o violatorias del debido proceso. Este análisis de la supresión en el acceso a los derechos convencionales, es el primer dispositivo del test de vulnerabilidad y uno de los puntos de contacto más importantes con la cláusula de no discriminación del artículo 1.1 y 24 de la Convención Americana. (Corte IDH, 2012)

La Corte IDH ha reiterado últimamente a este respecto, que: *“el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”*. (Corte IDH, 2012)

En otros términos, toda dinámica de eliminación en el acceso y disfrute de los derechos de la Convención, viola la obligación positiva de garantía contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y, cualquier protección desigual derivada del derecho interno o de su aplicación, debe ser considerada a la luz del artículo 24 de la citada Convención. (Corte IDH, 2012)

El fracaso del Estado en sus obligaciones generales de obediencia y garantía de los derechos convencionales (art. 1.1 de la Convención) confluye con la negligencia en el cumplimiento del deber de ajustar la legislación interna (artículo 2 de la Convención) para establecer otros elementos estructurales que fortifican el contexto de vulnerabilidad ensayado por el juez interamericano. En los elementos estructurales del sistema estatal en el marco del artículo 2 de la Convención Americana, la Corte IDH ha destacado en varias ocasiones el deber de adaptación del derecho interno de los Estados conforme a las necesidades específicas de las personas o los grupos de personas. (Corte IDH, 2012)

La discriminación estructural o histórica contra la mujer, el trato perjudicial hacia las minorías sexuales, el desprecio de la identidad cultural múltiple de los habitantes o el riesgo estructural de algunos miembros de la población civil (Los defensores de derechos humanos), son algunos de los ejemplos más repetidos de invalidez de los sistemas estatales, donde la Corte IDH ha impuesto

rígidas transformaciones. La Corte IDH dio a las dinámicas de exclusión estructural, una dimensión ideológica, diferente según el contexto histórico de cada Estado. En su enfoque explicativo de los elementos estructurales, el juez interamericano esgrime a menudo, documentos de las Naciones Unidas; una institución que desde finales del siglo XX, ha consagrado una atención mayor a las condiciones de vida de los grupos vulnerables. (Corte IDH, 2012)

Efectivamente, la literatura científica ya ha confirmado que ciertos estereotipos pueden ser calificados como causas de la vulnerabilidad, ya que aumentan la sensibilidad y la exhibición de los grupos minoritarios frente a la amenaza de violación de sus derechos.

Por su parte, la Corte IDH ha señalado que estos estereotipos, entorpecen la integración de los grupos vulnerables en el seno de la sociedad y proveen la impunidad de las violaciones de los derechos humanos cometidas en su contra. Es importante concebir las causas de la vulnerabilidad de los individuos y grupos de personas dentro del Estado, ya sea debido a un acceso limitado a los derechos y a los servicios o debido a elementos ideológicos, políticos y culturales. No obstante, la vulnerabilidad no se estructura totalmente a partir de sus causas. El juez interamericano también ha apreciado un segundo elemento relacionado con la presión social variable en el seno de los Estados. (Steele, C. 1995)

2.15.3. El segundo factor contextual: la exposición a presiones variables

La vulnerabilidad se delimita en función de una progresión, a partir de las causas subyacentes y hacia los grados de exposición por acción o por omisión hasta abordar las condiciones de riesgo (inseguridad) cuya intensidad es variable. Una vez más, encontramos huellas imborrables de la transdisciplinariedad del juez interamericano y de su método de interpretación universal, porque esta individualización de la vulnerabilidad a partir de las presiones dinámicas, ha sido ampliamente admitida en la literatura científica desde principios de 1990. (Blaikie, P. 2011)

2.15.3.1. Por omisión: la ausencia institucional

Como parte del análisis de los derechos de los niños, la Corte IDH ha precisado que la desaparición de medidas de protección, que constituye la base para el disfrute de una vida digna, es uno de los factores que acrecientan la vulnerabilidad de los niños (toda persona menor de 18 años). Esta falta se confirma a partir de la insuficiencia en las políticas adecuadas dentro de las instituciones educativas y salud. De hecho, esas lagunas ejercen presiones versátiles sobre la vida de los niños en materia de derechos a la personalidad jurídica, a las garantías judiciales y a la tutela judicial

efectiva, haciendo de estos individuos -según el juez interamericano-, sujetos vulnerables. (Corte IDH, 2013)

2.15.3.2. Por acción: las macro-fuerzas existentes

La vulnerabilidad entendida por el juez interamericano está estrechamente afín con lo que aquí llamamos las “macro-fuerzas” de acuerdo con la literatura científica de la vulnerabilidad, que también habla de los “peligros aleatorios” de diversa índole.

Por lo tanto, las “macro- fuerzas” se definen como las fuerzas internas que actúan dentro de un sistema (en este caso: el Estado) en su contexto y frente a las personas o grupos que lo integran. Sobre la base de los informes de las Naciones Unidas, la Corte IDH ha instituido, por ejemplo, que: *“entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”*.

De hecho, según el juez interamericano estas “macro-fuerzas” del desequilibrio económico, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, con las violaciones de los derechos humanos y con los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas, son factores que pueden afectar subsiguientemente la configuración de grupos migrantes en condiciones de vulnerabilidad. (Corte IDH, 2009/12)

Adicionalmente, los grandes proyectos de desarrollo, de industria y de urbanización, han sido señalados por la jurisprudencia interamericana como macro-fuerzas que acrecientan la exposición de los pueblos indígenas y tribales a sufrir una violación de sus derechos, en particular de sus derechos a la identidad y la propiedad sobre sus tierras y territorios. Otras “macro-fuerzas” de naturaleza política, incluidos los gobiernos dictatoriales y la existencia de un conflicto armado interno, son igualmente factores de exacerbación de la exposición a la amenaza de violación de los derechos humanos para algunas personas o grupos de personas. (Corte IDH, 2011/12)

Además de las causas y las presiones variables que exponen más o menos a un sujeto de derecho frente a una amenaza, la Corte IDH ha considerado que es necesario abordar la cuestión del grado de sensibilidad del individuo o del grupo en sí mismo vis-à-vis las mencionadas causas y presiones

para establecer si su grado de vulnerabilidad supone o no, la existencia de obligaciones positivas fortalecidas por parte del Estado en virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Sólo los sujetos que presenten un alto grado combinado de afectación por las causas de la vulnerabilidad, de sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos y de exposición a la amenaza en sí misma, serán calificados por la Corte IDH como sujetos vulnerables. (Corte IDH, 2005/07/12)

2.16. Análisis del sujeto vulnerable

El análisis acerca del sujeto vulnerable que comienza por una distinción entre el individuo y el grupo no tiene interés en el marco interamericano. Lo que hemos llamado un “test de vulnerabilidad” en construcción por la Corte IDH, se aplica a los individuos así como a los colectivos, y esto se hace en un análisis caso por caso, ya que algunos colectivos han sido admitidos como titulares de derechos convencionales. Por lo tanto, al hablar de “sujetos vulnerables”, hacemos referencia al sujeto lógico de Aristóteles en cuanto que este es al mismo tiempo objeto del pensamiento y del conocimiento y titular de conciencia y de derechos. (Corte IDH, 2005/07/12)

El sujeto vulnerable interamericano está, en consecuencia, afectado por fragilidad superior a la fragilidad promedio de otros sujetos en el seno del mismo Estado y esta fragilidad provoca un grado mayor de exposición a la violación convencional. Cuando se combina el análisis del contexto y del grado de sensibilidad a este último, el sujeto vulnerable puede ser estudiado por el juez interamericano a partir de un conjunto de tipos para suministrar el estudio de sus realidades complejas. (Corte IDH, 2015/17)

2.16.1. El tercer elemento del test: la sensibilidad a la amenaza

La sensibilidad a la amenaza de violación de los derechos humanos obedece en gran medida, de la posición del individuo dentro del Estado. En ese sentido, el juez interamericano está interesado en las personas cuya situación de desventaja o el grado de debilidad, son evidentes, ya sea como producto de sus condiciones físicas o de situaciones sociales de diferente naturaleza. (Corte IDH, 2008/10/12)

2.17. La fragilidad física

La fragilidad física o la sensibilidad física a la amenaza, es definida como el producto de un conjunto de características que son exclusivas a un tipo de personas en relación con el promedio de

la sociedad. Estas características no son modificables o su modificación por parte de la acción del Estado no es deseable. (Chapman y Carbonetti. 2008)

Así, el niño es un individuo vulnerable, cuya fragilidad física y falta de madurez son las variables determinantes de su sensibilidad a la amenaza de violación de sus derechos convencionales. (Corte IDH, 2006)

El sistema interamericano también ha confirmado que las mujeres pueden padecer de fragilidad física cuando se encuentran al mismo tiempo sometidas a una situación de fragilidad social o cuando viven en un contexto particular (Los conflictos armados), que las expone a causa de su género, a amenazas o ataques de carácter específicamente sexual. (Corte IDH, 2006)

2.18. Fragilidad social

La fragilidad social -sensibilidad social ante la amenaza-, es determinada como el conjunto de características económicas, jurídicas, políticas, etc., de un individuo o grupo de individuos que lo ponen en situación de detrimento en un momento dado. (Chapman y Carbonetti. 2008)

De hecho, la fragilidad social es altamente sensible a las políticas públicas del Estado y su transformación a partir de ellas es altamente deseable. Partiendo de esta premisa podemos concebir que la fragilidad de los trabajadores, que son de entrada la parte más débil en la relación laboral, se ve empeorada para los inmigrantes en situación ilegal en el país de acogida. La Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 18 pudo constatar que la condición de encontrarse indocumentado, conjetura un aumento de la fragilidad jurídica que se agrava por un mayor riesgo de violación de los derechos laborales, de la tutela judicial efectiva y del derecho a un juicio justo. La detención y el encierro, son también una fuente de fragilidad social. (Corte IDH, 2010)

El Estado debe en este sentido, garantizar que la manera y el método de detención no profundicen esta fragilidad de forma ilegítima y desmedida, ya que sería perjudicial para la dignidad humana. Lo mismo es aplicable para los partidos políticos o los dirigentes políticos de oposición. La fragilidad social se muestra en la forma de una cierta inseguridad o de la falta de garantías para el ejercicio de sus derechos y libertades. (Corte IDH, 2010)

En efecto, en el seno de una sociedad intolerante, las declaraciones por parte de funcionarios públicos fortificando acusaciones dirigidas contra un partido político como “enemigo interno”, colocan a sus miembros en una situación de mayor vulnerabilidad y exacerban el grado de riesgo al

cual ya están sometidos, acentuando o exacerbando situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión social. (Corte IDH, 2010)

La situación de debilidad o de impotencia de los integrantes de dichos movimientos políticos también pueden ser factores de fragilidad social, que inquietan al grupo político en sí mismo. (Corte IDH, 2010)

La fragilidad social de la población civil en el marco de los conflictos armados se ha citado en varias ocasiones. Así, la Corte IDH ha recordado al Estado que, cuando se mantiene el control efectivo de un territorio, él detiene al mismo tiempo, un deber reforzado de protección vis-à-vis la población civil. En este contexto, el juez interamericano ha centrado su atención en la situación de mayor vulnerabilidad de los desplazados internos que deben huir de sus hogares para proteger sus vidas y su integridad así como en la fragilidad social de otros grupos humanos como los periodistas, las personas públicas y los defensores de derechos humanos que también pueden estar más expuestos en ciertos contextos de intolerancia social. (Corte IDH, 2010)

Generalmente, la fragilidad física al igual que la fragilidad social, se incrementa cuando la persona o el grupo de personas tienen fragilidades simultáneas, ya que aumenta su grado de sensibilidad, y esto se hace más grave en contextos en los que las causas subyacentes y las presiones dinámicas favorecen su vulnerabilidad. Es a partir de la combinación de estos elementos que el juez interamericano está tratando de cimentar su tipología de vulnerabilidad. Las dimensiones y las combinaciones abordadas hasta ahora dependen de los casos que han sido sometidos a su competencia. (Corte IDH, 2010)

2.18.1. La síntesis interamericana: una tipología de la vulnerabilidad

La palabra vulnerabilidad viene del latín vulnerābilis, de vulnerare que significa “lesión”. Según el diccionario oficial de la lengua española el adjetivo vulnerable se refiere a un sujeto “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. (Corte IDH, 2010)

Está claro que esta susceptibilidad (condition) es una combinación de contextos (exposure) y de fragilidades (sensitivity) que afecta a los individuos o grupos de personas, y en ese sentido, tengo la intención de estructurar el universo de la vulnerabilidad en el seno de la jurisprudencia de la Corte IDH, a partir de una reducción del espacio de sus atributos. (Corte IDH, 2010)

Por “espacio de sus atributos”, se entiende aquí el marco de descripción de cada sujeto vulnerable, cuyos elementos de composición resultan de las descripciones proporcionadas por la Corte IDH. A partir de los elementos contextuales y del grado de exhibición a la amenaza, llevaremos a cabo una reducción en las categorías definidas a priori en dos grandes grupos, relativos a la condición personal y la situación específica del sujeto vulnerable. (Corte IDH, 2010)

Aclaremos que no se trata de una categorización arbitraria, pues esta elección está justificada por la sentencia de principio de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, con ocasión de la cual la Corte IDH afirmó que ciertos deberes especiales de los Estados en virtud de las obligaciones generales de garantía, protección y eficacia (artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana) son: *“determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”*. Este dictum contiene sin duda, la tipología de la vulnerabilidad de la Corte IDH, como lo podemos reconocer a partir de su jurisprudencia posterior. (Corte IDH, 2010)

2.18.2. La vulnerabilidad derivada de la condición personal

El niño, en su individualidad, debido a su fragilidad física y su inmadurez (personal y jurídica), es considerado como un sujeto vulnerable debido a que estos aspectos son la base para la privación de los medios para la defensa efectiva de sus derechos. Esta vulnerabilidad aumenta cuando el niño padece igualmente una fragilidad social, *inter alia*, en una situación de detención o un contexto de conflicto armado. (Corte IDH, 2010)

Las mujeres son consideradas por la Corte IDH como individuos vulnerables en ciertos contextos, entre otros, en el seno de conflictos armados o en la ausencia de políticas públicas para la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Esta vulnerabilidad también se ve agrandada cuando se trata de niñas o mujeres que pertenecen a poblaciones indígenas o tribales o de defensoras de derechos humanos. Las personas pertenecientes a una minoría sexual, por esta condición personal, son una categoría vulnerable. Según el juez interamericano, además de la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género, ingresan dentro de las condiciones para definir este grupo de personas vulnerables. (Corte IDH, 2003/04)

Está claro que, a pesar de los avances en la materia, América Latina tiene un largo camino por recorrer en los derechos de las minorías sexuales. Las personas pertenecientes a los pueblos indígenas o tribales (Minorías afro descendientes) son una categoría de personas vulnerables. En

este caso, su vulnerabilidad se acrecienta debido al nivel de intransigencia institucional del Estado donde se encuentren. La discapacidad es una condición personal de vulnerabilidad. Esta condición se incrementa cuando el individuo acumula al mismo tiempo otro tipo de fragilidad física, *inter alia*, en el caso de los niños con discapacidad. De hecho, en la reciente jurisprudencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la Corte IDH incluyó la esterilidad en esta categoría, bajo el nombre de la discapacidad indirecta. (Corte IDH, 2003/04)

2.18.3. La situación específica: la segunda dimensión de la vulnerabilidad

Los migrantes se localizan en situación específica de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos y en una situación individual de falta o de diferencia sustancial de poder en comparación con la población no migrante (residentes o ciudadanos). Esta vulnerabilidad aumenta cuando los migrantes se encuentran en situación de ilegalidad, ya que esto implica una fragilidad jurídica más grande y un mayor riesgo de violación de los derechos laborales, de las garantías judiciales y del debido proceso. Del mismo modo, esta vulnerabilidad se aumenta cuando se combina con una condición personal de vulnerabilidad, como en el caso de los niños inmigrados. La Corte IDH ha establecido que las personas demoradas son vulnerables, y en particular, *“dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida... donde todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana”*. (Corte IDH, 2009/13)

Por otra parte, los detenidos extranjeros son otro grupo de demorados de mayor vulnerabilidad, ya que se encuentran en un medio ambiente jurídico y social diferente y en ocasiones ante una lengua distinta a la suya. Consecuentemente, los Estados tienen una necesidad reforzada de garantía de acceso a la acción de protección y asistencia consular frente a estas personas. (Corte IDH, 2010)

Esta situación específica de vulnerabilidad se ve también consolidada por la combinación de condiciones personales, *inter alia*, los menores en detención o los detenidos enfermos. (Corte IDH, 2009/13)

Los individuos, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición, también están sujetos a condiciones determinadas de vulnerabilidad que la Corte IDH, basándose ampliamente en la jurisprudencia nacional, ha puntualizado como el resultado de un comportamiento intransigente del Estado y de la falta de medidas estatales para garantizar el ejercicio pleno de la cooperación efectiva en una sociedad democrática con respeto del principio de igualdad ante la ley. La Corte IDH ha

señalado que entre la oposición política, uno de los eslabones más vulnerables corresponde a los grupos, movimientos y partidos políticos minoritarios que provienen de una desmovilización de antiguos miembros de las guerrillas, los cuales requieren una protección especial del Estado para impedir la “guerra sucia”, y conseguir un consenso social que abarque a todos los sectores de población. (Corte IDH, 2010)

Los defensores de los derechos humanos también son calificados por la Corte IDH, como individuos y grupos en situación determinada de vulnerabilidad, la cual se halla más o menos reforzada según el contexto. Para delimitar este grupo, logramos valernos de la definición aportada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido que: *“toda persona que de cualquier forma promueva o procure la realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos a nivel nacional o internacional, debe ser considerada como defensora de derechos de humanos”*. (Corte IDH, 2009/13)

En este sentido, el sistema interamericano ha determinado que ciertos grupos de defensores de los derechos humanos, se hallan “particularmente expuestos” a condiciones peligrosas, entre otros, los dirigentes sindicales durante los períodos anteriores elecciones sindicales, los campesinos y líderes comunitarios que suscitan u instauran manifestaciones públicas, los líderes indígenas o de ascendencia africana que protegen los derechos de sus pueblos, los funcionarios judiciales que instruyen las causas relativas a violaciones de los derechos humanos, las mujeres protectoras de derechos humanos, etc. Las personas desplazadas, se localizan también en una situación específica de vulnerabilidad, especialmente en el contexto de un peligro armado. Esta vulnerabilidad se ve reforzada por el origen rural de dichas personas y afecta en general, especialmente a las mujeres que son cabeza de familia, y que constituyen más de la mitad de la población desplazada. Finalmente, los periodistas en el contexto de los conflictos armados y en contextos políticos tensos, se hallan en una situación específica de vulnerabilidad originaria de su función de transmisión de la diversidad de opiniones y de informaciones diversas y variadas. (Corte IDH, 2009/13)

2.19. Cooperación consular

Por hallar una definición a “cooperación consular”, podemos citar el artículo 16 b del Tratado de Lisboa, en el que se constituye la Unión Europea, en cuyo apartado sobre “no discriminación y ciudadanía” en el numeral 34 se insta que: Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: *c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado*

miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Por su parte la CAN propone en la Decisión 548 el “Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios”. En su artículo 2 “Establecer un mecanismo de cooperación en materia de asistencia y protección consular y asuntos migratorios, en beneficio de las personas naturales nacionales de cualquiera de los Países Miembros de la Comunidad Andina que por diverso motivo se encuentren fuera de su país de origen”.

El Estado ecuatoriano lanza una propuesta de cooperación consular en el grupo de trabajo de la UNASUR, en la cual define claramente en su artículo 1 a la cooperación consular como “Función consular referida a la protección, amparo y defensa de los intereses de los nacionales de cualquiera de los Países Miembros de la UNASUR, que se encuentren en situación de vulnerabilidad, en los casos en que éstos carezcan de agentes diplomáticos y consulares en la localidad en que se encuentre la persona”. Al igual que todo sistema de gobernanza administrativa, la cooperación consular local debe ser examinada a la luz de las causas funcionales que han originado su creación (Dehousse, 1999: 110).

La razón para crear un mecanismo de cooperación consular, es extender la posibilidad de asistencia y salvaguardia a los originarios de los países miembros del sistema de integración regional; es decir, discutimos de extender la cobertura de la protección consular.

La protección consular es el conjunto de acciones, gestiones, buenos oficios e intervenciones que realiza el personal de las representaciones consulares y diplomáticas de un país en los territorios de otros Estados, para salvaguardar los derechos y evitar daños y perjuicios ilegítimos a la persona, bienes e intereses de sus naturales en el extranjero.

Dicha labor se lleva a cabo de conformidad con los principios y normas del derecho internacional y con apego a las leyes y reglamentos de cada país. (CVRC, 1963 art.5 y 36).

Este concepto de protección consular plasmado en la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, nos ayudará a dilucidar si entre el mecanismo de cooperación consular de la CAN y el propuesto por el Ecuador en el grupo de trabajo de la UNASUR, causan algún tipo de afectación o interferencia que pueda repercutir en la aplicación de la protección y acceso a derechos de los ciudadanos de los países miembros. Es importante analizar desde el Derecho Internacional Público

cómo entender las relaciones internacionales y cómo estas están concebidas en el marco de los sistemas de integración.

Todas las decisiones de las instituciones internacionales, se toman en virtud de las facultades que les confieren sus instrumentos constitutivos, ya sea expresa o implícitamente, estos son actos de derecho internacional y como tales son competentes de producir ciertas consecuencias jurídicas que se encuentran determinadas en el instrumento constitutivo. (Sorensen, 2008).

2.20. Obligaciones de los estados: la obligación de tomar acción positiva

2.20.1. Las obligaciones generales del Estado y la acción positiva

Habiendo analizado los enunciados jurídicos que se desglosan de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, lo último que corresponde es identificar cuáles son las obligaciones que tienen los Estados para que sus conductas sean conformes con dichas disposiciones jurídicas. Del artículo 1.1 de la Convención Americana se desprende la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en ella.

El deber de respeto de los derechos, configura una obligación negativa en cabeza del Estado, por la cual el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actuación que pueda ser discriminatoria en perjuicio de una persona o situación jurídica. El deber de garantía, por su parte, se refiere a la obligación positiva del Estado de organizar el aparato estatal con el fin de advertir la discriminación, y de investigarla y penar en caso de que ésta ocurra. Ahora bien, una obligación característica de los Estados en aquellos casos en los que se discute el derecho a la igualdad y no discriminación es la de tomar “acción positiva”. (Moeckli, D. 2010)

En efecto, ante situaciones estructurales en los cuales un grupo de personas se encuentra en una situación de facto de exención social, el Estado no sólo puede realizar distinciones legítimas para corregir dicha situación, sino que además está forzado a implementarlas. Con ello, tal como lo afirma la doctrina: *...esta concepción de la igualdad demanda del Estado no solamente el abstenerse de realizar acciones que profundicen la marginación de estos grupos, sino revisar normas que son en apariencia neutrales pero que tienen un impacto discriminatorio sobre los grupos en situación de exclusión, y además adoptar medidas positivas para favorecer su integración a la sociedad y su acceso a bienes sociales.* (González Le Saux M. et al., 2014)

En este sentido, la Corte Interamericana, en el caso Xákmok Kásek, estableció que: *...la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.* (Corte IDH, 2010)

Ante esa situación de vulnerabilidad en la que se hallaban los integrantes de la comunidad indígena Xákmok Kásek, la Corte no sólo estableció que existió una discriminación de facto en contra de sus integrantes, sino también afirmó que “el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para restituir tal exclusión”.

2.21. Discusión

El valor que el derecho interamericano le brinda al derecho a la igualdad y la no discriminación, hace fundamental su definición y aplicación en condiciones de toda naturaleza. En este sentido, la diligencia de una ley o de una práctica nacional, no debe ser ejecutada de forma automática en cada situación, sino requiere la comprensión de las personas y situaciones jurídicas implicadas, para determinar el grado, extensión, e impacto que puede tener.

Así, el derecho interamericano solicita que la concepción de igualdad formal, se vea mejorada por la concepción de igualdad de oportunidades en aquellos casos en los cuales las personas se hallen en una situación estructural de exclusión y discriminación, siendo especialmente vulnerables a ser víctimas de violaciones a sus derechos humanos.

Por esta razón, es imperioso que el intérprete jurídico, al valorar una posible transgresión a la igualdad y la no discriminación, lo conciba no sólo como un derecho sustantivo, sino como un proceso en el que se ponderen los bienes jurídicos involucrados, y la necesidad de atender a una situación de discriminación estructural. Para ello, el derecho interamericano brindó dos herramientas para atender a estos elementos: 1) el test de igualdad, que permitirá identificar cuándo una distinción es legítima o no, y 2) la obligación de acción positiva, por la cual el Estado corregiría la discriminación estructural en perjuicio de un grupo, para promover su inclusión social.

Patricia Tarre Moser, en “La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, hace referencia a que en México se han dado pasos significativos en los últimos años hacia la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al revalidar un número muy significativo de tratados internacionales y aceptar la competitividad de diferentes órganos internacionales de protección, entre otros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) como organismo no jurisdiccional y cuya función está vinculada a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), resultando ambas instancias complementarias o subsidiarias de la misión que primordialmente compete a los Estados. Estas se encargan de establecer si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los deberes adquiridos a raíz de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. (Tarre, P., 2016).

La Comisión IDH es un órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuya función principal es originar la observancia y salvaguardia de los derechos humanos, y servir como órgano informativo de la Organización en esa materia. Fue el primer órgano tutelar de derechos en el sistema interamericano, instruyendo su actividad en 1960. Han sido relevantes los estándares fijados por la Comisión IDH, ya que desde la definición que ese organismo ha dado a la Convención Americana y a otros instrumentos internacionales, es posible instituir una mejor protección de los derechos fundamentales. (Tarre, P., 2016).

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos busca contribuir una respuesta relativa a dos puntos fundamentales: las variables de contexto que definen las vulnerabilidades y la delimitación del sujeto vulnerable en sí mismo. Estas categorías de delimitación, pueden ser significativas en particular en el seno de sociedades que no tienen una política pública en materia de acceso a los derechos humanos. (Estupiñán-Silva, R., 2014).

En conclusión, el significado “discriminación estructural” presenta los siguientes atributos que lo caracterizan: en primer lugar, la discriminación se forja como un proceso y no como un acto o tratamiento individual. En segundo lugar, la discriminación así entendida, tiene un carácter indefinido pues está conformada por una serie de estereotipos, normas, pautas, roles, actos individuales de mucha gente, que traspasan todas las esferas de la sociedad y el Estado, afianzando relaciones de poder de carácter intergrupar.

CAPÍTULO II

En los primeros años del siglo XXI ha preexistido, en términos absolutos, una importante progresión de la migración internacional, globalizada desde la figura de los países de destino pero no obligatoriamente desde la óptica de los países de origen. En el análisis jurídico de las migraciones internacionales, bajo un punto de vista de derechos humanos, la cuestión central es la salvaguardia (respeto y garantía) de los derechos que los Estados deben brindar a las personas migrantes que se hallan bajo su jurisdicción, en el marco de un International Bill of Human Rights que “guarda silencio sobre el compromiso de los Estados, de permitir el ingreso de inmigrantes, sostener el derecho de asilo y admitir la ciudadanía a residentes y ciudadanos extranjeros” y “sostiene la soberanía de los Estados individuales”

Resultado de lo anterior es, por ejemplo, que para el derecho internacional, la norma y gestión de la migración, sigue siendo una competencia estatal, razón por la que los Estados pueden delimitar el diseño e implementación de sus políticas migratorias en base a sus propios intereses nacionales y objetivos políticos. La Observación General n° 15 del Comité de Derechos Humanos sobre “La situación de los extranjeros bajo el Pacto” es clara al respecto al considerar que (i) no hay la obligación para el Estado de consagrar un estatuto jurídico igual para personas nacionales y extranjeras, por cuanto se pueden acaparar ciertos derechos consagrados en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (PIDCP) a quienes poseen la nacionalidad (apartados 2 y 3) ; (ii) no existe el derecho de la persona extranjera a entrar y permanecer en el territorio de un Estado que no sea él de su nacionalidad (apartado 5), por lo que es legítimo a un Estado, limitar su entrada al cumplimiento de ciertos requisitos (apartado 6); y por último, que (iii) el Estado tiene la prerrogativa de expulsar de su territorio, bajo ciertas condiciones, la persona extranjera en situación irregular o con residencia legal siempre y cuando ameriten “razones imperiosas de seguridad nacional” (apartados 9 y 10).

Si bien la creación de la política migratoria y el trato que los Estados conceden a los extranjeros en sus territorios siguen siendo argumentos sometidos al derecho interno, una cosa es hoy clara: dicha prerrogativa ya no es dominante, por cuanto debe ser compatible con las obligaciones propias del derecho internacional; en especial, las que se representan a los derechos humanos.

En otras palabras, ajustar las exigencias demandadas por el reconocimiento de la libre circulación, como “condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana” con las prerrogativas

soberanas es el punctum crucis de la actual problemática jurídica en torno a la migración internacional.

El objetivo del presente capítulo fue investigar la presencia en el derecho internacional de un corpus juris aplicable a las personas migrantes para con ello identificar un estándar internacional de defensa jurídica de los derechos humanos, mediante el análisis de los principales tratados internacionales de derechos humanos, instrumentos no convencionales referidos concretamente a la materia, resoluciones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, con un especial enfoque en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), etc.

2. JURISPRUDENCIA

El principio de igualdad y no discriminación cuenta con un amplio reconocimiento en el sistema universal y regional de protección de derecho humanos y ha sido incorporado en varios textos internacionales, en especial en aquellos relacionados con personas y grupos vulnerables -entre ellos, las personas migrantes-, considerados por la jurisprudencia internacional de derechos humanos sujetos de una protección especial -en virtud de las circunstancias de jure y de facto que ocasionan y perpetúan su vulnerabilidad-, que demanda de los Estados un deber especial de cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos. Por otro lado, la igualdad y no discriminación compone un principio jurídico rector en materia de protección de los derechos humanos; es decir, un principio que *“impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus expresiones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos”*. (Pérez, E. J. 2016)

No obstante la ausencia de una “definición única y universal” en el derecho internacional del concepto de no discriminación, el CDH -tomando por referencia las convenciones internacionales sobre la exclusión de la discriminación-, la define, ampliamente, como «toda distinción, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en circunstancias de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las persona».

A su vez, la jurisprudencia internacional se ha responsabilizado de la interpretación del contenido y de la naturaleza jurídica de esta condición subordinada para decir, respectivamente, que ni toda distinción o diferenciación de trato, establece una discriminación, siempre que su propósito sea

legítimo, su justificación razonable y objetiva y los medios empleados convenientes al fin pretendido, y se trata de una norma de jus cogens. (Corte IDH, OC-18/03)

La incorporación de cláusulas de no discriminación en los tratados internacionales de derechos humanos y asimismo en tratados que reconocen específicos derechos sustantivos de los migrantes -como lo es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares-, sugieren una protección adicional a estas personas en virtud de su mayor susceptibilidad a la discriminación y trato diferenciado. En virtud de lo anterior, las exigencias del principio de igualdad y no discriminación son condición necesaria para el ejercicio y goce de los derechos humanos reconocidos a las personas migrantes y fundamento para la limitación del actuar del Estado a la hora de establecer tratos diferenciados en razón de la nacionalidad u origen nacional. (Corte IDH, OC-18/03)

En otras palabras, el principio de igualdad y no discriminación, no desaprueba a que el Estado cree distintos estatutos jurídicos para nacionales y extranjeros o entre extranjeros (residentes y no residentes, documentados e indocumentados, etc.), sino que esa diferenciación debe justificarse según criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Si bien dicho principio en materia migratoria impone a los Estados la obligación de reconocer y garantizar el ejercicio y gozo de los derechos previstos en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, en condiciones de igualdad y sin discriminación, el derecho internacional no se opone a que los Estados puedan reservar la titularidad de ciertos derechos políticos a sus residentes. De esta forma, los ordenamientos internos aferran la ciudadanía (y derechos asociados) en la nacionalidad o hacen depender su ejercicio del principio de la reciprocidad, limitando así, el universo de personas que a ellos pueden subscribir. (Corte IDH, OC-18/03)

Con estos antecedentes afirmamos en primer lugar, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1.1 y 24, prevé el derecho a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

Artículo 1.1: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Ambas normas, cada una con su respectivo sentido y alcance, permean la interpretación y aplicación del texto de la Convención Americana y de los ordenamientos jurídicos de los Estados que hayan ratificado dichos tratados. (Pérez, Edward J. 2016)

El artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), expresamente provee que: *“Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. (Pérez, Edward J. 2016)

El Protocolo de San Salvador, además de la disposición general sobre la no discriminación expuesta, también expone la prohibición de discriminar y el derecho a la igualdad de forma específica en su artículo 7, referido a garantías laborales, donde dispone la obligación de los Estados parte de dicho tratado a garantizar “un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”. (Pérez, Edward J. 2016)

Además, el derecho interamericano de los derechos humanos se ve complementado por tratados que, de forma específica, tienen como objeto, directo o indirecto, la eliminación de la discriminación y la garantía de igualdad en diversos casos. (Pérez, Edward J. 2016)

Entre ellos, se identifican la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. (Pérez, Edward J. 2016)

Así, de la voluntad de los Estados partes de la Organización de Estados Americanos, integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se desprende al menos el especial valor que, en este hemisferio, se le ha brindado a la protección contra la discriminación y al fortalecimiento de las garantías de igualdad entre todos los seres humanos. (Pérez, Edward J. 2016)

Si bien los estudios que existen acerca de los mecanismos de cooperación consular nos ayudan a entender cuál es el estado actual sobre la composición de estos, es importante recalcar que solo disponemos de bibliografía referente a la CAN, al Mercosur y a la Unión Europea; la UNASUR hasta hoy no cuenta con un mecanismo que haya podido ser estudiado, sin embargo contamos con información acerca de otros aspectos de la movilidad humana que se desarrollan en este sistema de integración regional, que nos pueden guiar en el análisis de la propuesta de cooperación consular planteada por el Ecuador. (Sanahuja, 2008).

Los constantes cambios en las dinámicas mundiales han incentivado a que las regiones se constituyan en bloques cada vez más unidos para poder hacer frente sobre todo a los desafíos que plantea la globalización. Es así que en mayo de 2008 se estructura como organización la Unión Suramericana de Naciones (UNASUR). (Sanahuja, 2008).

El Estado ecuatoriano como Estado miembro de este sistema de integración, ha realizado una propuesta de mecanismo de cooperación consular tomando en cuenta que unidos los miembros de la UNASUR abarcaríamos una cobertura casi total del planeta en lo que se refiera a presencia de consulados. (Sanahuja, 2008).

Es necesario encontrar fórmulas para promover la participación y la legitimación social de los procesos de integración. (Sanahuja, 2008).

La propuesta de la República del Ecuador podría convertirse en una decisión de la UNASUR en un futuro cercano, pero la aplicación de este mecanismo de cooperación consular podría interferir con el mecanismo aplicado por la CAN, es así que es necesario un análisis de la propuesta ecuatoriana en comparación con lo aplicado en la actualidad por la CAN, para poder establecer cuáles son los puntos críticos en los que podrían converger ambos mecanismos, con el propósito de evidenciar que estos pueden causar una afectación en la aplicación de la asistencia y protección de los ciudadanos migrantes por parte de las representaciones consulares que pertenecen tanto a la CAN como a la UNASUR acreditadas en terceros países.

Esta investigación realizó un recorrido por los distintos calificativos que suelen acompañar a la voz discriminación (directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional y estructural), calificativos que han contribuido a ampliar y a hacer más complejo el contenido y alcance de la prohibición de discriminación. Asimismo, atendiendo al interés que ha ido ganando en los últimos años, se pone especial énfasis en el concepto “discriminación estructural”, analizando su significado y explorando

las raíces filosóficas que están en la base de este concepto; además, se reflexiona en torno a las consecuencias jurídicas que tendría su aplicación en el campo del Derecho. Finalmente, se examinó si este concepto (o alguna de sus dimensiones) se ha incorporado al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Como se ha señalado, el primer instrumento regional que reconoce derechos humanos es la Declaración Americana, cuyo preámbulo inicia con la siguiente afirmación: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Además, el artículo II de esta declaración señala lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. (Nash, C. et. al 2010)

Posteriormente, en el año 1969 se adoptó la Convención Americana, que consagra desde su primer artículo el compromiso de los Estados Partes de respetar todos los derechos y libertades en ella reconocidos y garantizar su libre y pleno ejercicio “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Adicionalmente, el artículo 24 de la Convención Americana establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Otro importante tratado en el ámbito del Sistema interamericano es el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador (El Salvador) en el año 1988. (Corte IDH, 2010)

El Artículo 3 de este protocolo -al igual que la Convención Americana-, contiene una disposición según la cual los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Corte IDH, 2010)

Además de los tratados mencionados, se han adoptado otros de carácter temático cuyo contenido, en algunos casos, guarda una relación aún más directa con la prohibición de discriminación. En orden cronológico (considerando su fecha de adopción), se trata de los siguientes instrumentos: la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las

personas con discapacidad; la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia; la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; y la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. (Corte IDH, 1995/01/13/15)

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados alude por primera vez a la existencia de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), al establecer lo siguiente: “*es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general*”. El mismo artículo precisa que para los efectos de dicha convención una norma imperativa de derecho internacional general es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. (Corte IDH, 2010)

2.22. La igualdad y no discriminación en la Convención Americana

En materia de igualdad y no discriminación, tienen una importancia central los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana. Como se ha señalado, el primero de ellos establece el compromiso de los Estados partes de respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en dicho tratado “*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Mientras que de conformidad con el artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. (Corte IDH, 1984)

Al interpretar estos dos artículos, la Corte ha señalado que el artículo 1.1. es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones de la Convención Americana, por tanto, si un Estado parte discrimina en el respeto o garantía de algún derecho convencional, violaría tanto el artículo 1.1. de la Convención Americana como el derecho en cuestión. (Corte IDH, 1984)

Por su parte, el artículo 24 prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal, de modo que la obligación contenida en este artículo se extiende al derecho interno de los Estados partes, los cuales se encuentran obligados a “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”. Según la Corte, este último derecho (igual protección de la ley) comprende tanto la igualdad en el contenido de la ley, como en su aplicación. (Corte IDH, 2014)

Asimismo, toda vez que la Convención Americana no precisa qué debe entenderse por “discriminación”, en el marco de su labor interpretativa, la Corte ha señalado que esta se relaciona con: “...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. (Corte IDH, 2015)

La Corte ha tomado como base la definición de discriminación contenida en la ICERD y en la CEDAW, así como la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos en esta materia. Como se ha explicado anteriormente, esta definición también hace referencia a la idea de discriminación indirecta al tomar en cuenta el resultado (o el impacto) de la medida. Con relación a esto último, cabe señalar que en sus sentencias la Corte se ha referido expresamente a la clasificación que distingue entre la discriminación directa e indirecta, puntualizando que no sólo se prohíben aquellas normas, acciones, políticas o prácticas que sean deliberadamente discriminatorias; sino también aquellas que siendo aparentemente neutras tienen un impacto desproporcionado sobre ciertos grupos de personas (aun cuando no se haya tenido la intención de discriminar). (Corte IDH, 2012)

De otro lado, la Corte ha interpretado que la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos, sin discriminación alguna y con base en la igualdad, genera para los Estados Partes una serie de consecuencias que se concretan en obligaciones específicas. Así, por ejemplo, en razón de esta obligación general, los Estados “deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. (Corte IDH, 2003)

Asimismo, “los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”. (Corte IDH, 2003)

Finalmente, la Corte ha interpretado que en cumplimiento de dicha obligación general “los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”. (Corte IDH, 2003)

De esta manera se avanza hacia una noción más sustantiva de la igualdad, pues se admite la posibilidad de incorporar medidas de acción afirmativa e incluso su adopción se concibe como una obligación de los Estados partes a favor de ciertos grupos sociales. A mi juicio esto evoca la noción de “discriminación estructural” que, como se verá en el siguiente punto, se ha ido incorporando en el Sistema interamericano. (Corte IDH, 2003)

2.23. La relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana: cláusulas subordinadas y autónomas de la igualdad y no discriminación

Previo a proceder a darle contenido al derecho a la igualdad y no discriminación según los textos positivos señalados, es pertinente hacer referencia a la relación entre los artículos que regulan el derecho a la igualdad y no discriminación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: sus artículos 1.1 y 24. Para ello, debe referirse a los conceptos de cláusulas subordinadas y cláusulas autónomas sobre igualdad y no discriminación. (Corte IDH, 2014)

En este sentido, una cláusula subordinada prohíbe la discriminación en cuanto al goce y disfrute de los derechos contenidos dentro del instrumento referido. Por su parte, una cláusula autónoma prohíbe cualquier tipo de discriminación, de forma autónoma, con independencia de que se refiera a un derecho contenido en el mismo instrumento o que provenga de otra fuente. Es decir, en el marco del primer tipo de cláusula, los Estados tienen una obligación de respetar y garantizar todos los derechos contenidos dentro de, por ejemplo, la Convención Americana sin discriminación alguna. En el segundo caso, los Estados tendrían la obligación de respetar y garantizar que, en general, no exista un trato discriminatorio en perjuicio de cualquier persona o situación jurídica. En el texto de la Convención Americana se encuentran cláusulas de ambas naturalezas. (Moeckli, D. 2010)

El artículo 1.1 de la Convención, al proveer la obligación de los Estados de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona [...] sin discriminación alguna...”, está estableciendo una cláusula subordinada, que sólo ampara la prohibición de discriminación en cuanto al respeto y garantía de los demás derechos convencionales.

Por otra parte, el artículo 24 de la Convención, al reconocer el derecho autónomo a la igualdad, se constituye como una cláusula autónoma que puede ser transgredida por el Estado en la medida que incurra en tratos discriminatorios, con independencia de que dicho trato haya sido con relación a alguna de las obligaciones contenidas en la Convención. Similar al artículo 1.1 de la Convención es

el artículo 3 del Pacto de San Salvador, que dispone la prohibición de discriminar al “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian”. (Moeckli, D. 2010)

De esta forma, la obligación de no discriminar contenida en dicho artículo 3 está subordinada a que referido trato lo sea con relación a alguno de los derechos contenidos en el mencionado Protocolo. (Moeckli, D. 2010)

La diferencia entre la cláusula subordinada y la cláusula autónoma sobre la igualdad y no discriminación en la Convención Americana fue analizada en primera oportunidad por la Corte Interamericana en 1984, en su Opinión Consultiva 4 sobre la Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada a la Naturalización, cuando la Corte debió emitir su opinión sobre la compatibilidad de la propuesta de reforma constitucional costarricense en materia de adquisición de la nacionalidad. (Corte IDH, 1984)

De esta forma, la Corte reconoció la diferencia entre el contenido de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, de tal forma que el artículo 1.1 de la Convención, en principio, se refiere al derecho de las personas a gozar de los derechos contenidos en ese tratado sin discriminación, mientras que el artículo 24 de la Convención Americana extiende la obligación de no discriminación y de igualdad a las normas del derecho doméstico, de tal forma que en el ordenamiento jurídico interno tampoco podrán imponerse restricciones discriminatorias. Este análisis ha sido consistentemente sostenido por la Corte Interamericana. (Corte IDH, 1984)

Lo anterior, no obstante, implicaría que ninguna de ellas puede ser leída de forma aislada, ya que la cláusula autónoma tendría como uno de sus objetos extender la obligación de no discriminar convencional a todas aquellas prácticas y normas extra convencionales. Así lo ha señalado Uprinmy, al afirmar que: *[...] la diferencia entre los dos artículos radica en su alcance, más que en su contenido. Así, mientras la prohibición de discriminación del artículo 1.1 se restringe a los derechos consagrados en la misma Convención, el artículo 24 extiende esta prohibición a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Parte al condenar todo trato discriminatorio de origen legal.* (Corte IDH, 1984)

Lo señalado previamente encuentra mayor sustento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: en los casos Norín Catrimán y otros vs. Chile y Yatama vs. Nicaragua, la Corte afirmó que el artículo 24 *“prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos*

consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación". (Corte IDH, 2015)

Añade la Corte en dichos casos que: [...] no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe. (Corte IDH, 2015)

El uso de las palabras "no se limita a reiterar" pareciera insinuar que el contenido del artículo 24 incluye el contenido del artículo 1.1 sumado al derecho a la igualdad y no discriminación de otros derechos y toda la legislación interna que se apruebe, fortaleciendo la tesis de que la relación entre ambos artículos es de extensión o alcance, siendo que el artículo 24 amplía el efecto de la obligación de igualdad y no discriminación. (Corte IDH, 2008/10/12)

Desde dicho momento, la Corte Interamericana trató ambas obligaciones de manera alternativa: si existe discriminación en el goce de algunos de los derechos contenidos en la Convención, procedía el análisis con base en la cláusula subordinada sobre la igualdad y no discriminación; si existe discriminación frente a otro derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno de un Estado, procedía el análisis con base en el derecho autónomo a la igualdad y no discriminación. El señalamiento anterior ha tenido una excepción clara en el caso Veliz Franco. En dicho caso, la Corte afirma que la influencia negativa de estereotipos de género en perjuicio de las víctimas en la investigación de los hechos de dicho caso configura una violación a ambos, al artículo 24 y al artículo 1.1 de la Convención, pues "los hechos del presente caso comprenden ambas modalidades de discriminación y por lo tanto no se hace necesario realizar una distinción". (Corte IDH, 2014)

Dicha decisión no presenta mayor justificación a cómo dichos hechos podrían constituir violaciones a ambos artículos. En ella tampoco se justificó algún cambio de criterio por parte de la Corte en cuanto a la relación entre ambos artículos. Pareciera además, que dicha decisión fue un caso aislado; ya que con posterioridad, la totalidad de las sentencias que se han referido a la relación entre los artículos 1.1 y 24 de la Convención han adoptado la tesis disyuntiva que preexistía al caso Veliz Franco. (Corte IDH, 2014)

Por lo tanto, pareciera que la jurisprudencia pacífica de la Corte Interamericana ha reiterado que, al valorar una posible transgresión a la igualdad y no discriminación, deberá hacerlo con base en el

artículo 1.1 de la Convención, si se refiere a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho contenido en la Convención, y con base en la cláusula autónoma, si se alude a un trato discriminatorio en el acceso a un derecho ajeno a la Convención. (Corte IDH, 2014)

Hemos demostrado cómo la Corte IDH se ocupa de las diferentes categorías de personas y de grupos vulnerables a partir de su condición personal y de su situación específica. A partir del análisis quedó claramente expuesto cómo la vulnerabilidad puede ser exacerbada por múltiples factores de riesgo que pueda padecer un sujeto dado. Este ejercicio no puede, sin embargo, ser el resultado de una digresión teórica sino la consecuencia de un análisis exhaustivo de cada caso tratado por la Corte IDH. (Corte IDH, 2009/13)

2.24. Cooperación diplomática

La interdependencia rara vez es simétrica, en el sentido de que afecta por igual a todas las partes. El estudio de las restricciones y limitaciones para cada actor envuelto en una relación interdependiente no puede hacerse a priori, como tampoco puede conocerse la relación costo beneficio para cada actor considerado individualmente. (Tokatlian, Prado. 1997).

Por este motivo se debe indagar sobre la afectación que la propuesta de un mecanismo de cooperación consular planteado por el Estado ecuatoriano ante el grupo de trabajo de la UNASUR, puede producir a los ciudadanos de los países miembros al convertirse en un instrumento constitutivo. La relación internacional es la resultante de la articulación de múltiples interacciones entre determinados actores internacionales, en un marco espacial y, temporal bien definido, de tal modo que constituyan un proceso inteligible como un todo y fuera del cual cada una de estas interacciones carece de significado (Calduch, 1991).

Para entender mejor la conformación de los sistemas de integración regional y cómo se forman dentro de estos los mecanismos de cooperación consular, es recomendable que miremos desde la perspectiva que nos brinda la teoría de la interdependencia, esta teoría en su definición más simple se explica cómo dependencia mutua y, en la política mundial se refiere a situaciones caracterizadas por efectos recíprocos entre los países o los actores de diferentes países. (Keohane, Nye. 1997).

El mirar la cooperación consular desde la visión de la teoría de la interdependencia nos ayudará a identificar de mejor manera los beneficios y perjuicios a los que estarían expuestos los ciudadanos de la UNASUR al momento de instaurar el mecanismo propuesto por el Estado ecuatoriano en comparación con el ya aplicado por la CAN.

De esta forma, en aquellos casos en los cuales se identifica una especial situación de vulnerabilidad de una persona o grupo, la Corte ha entendido que el concepto de igualdad y no discriminación exige que los Estados adopten las medidas necesarias para garantizar la integración de las mismas a la sociedad. (Corte IDH, 2010)

Estas medidas de “diferenciación positiva” serían por lo tanto, obligatorias, conforme con el derecho interamericano. Ahora bien, la doctrina ha afirmado que no basta que se identifique una situación estructural de discriminación para que procedan las medidas de acción positiva. Al respecto, se requiere que “se apliquen con el consentimiento de los miembros del grupo; se adopten con la finalidad exclusiva de lograr la igualdad; sean temporales; se descontinúen cuando se haya alcanzado el objetivo [y que] no entrañen la mantención de estándares desiguales o separados”. Bayefsky, Anne F. (1990)

En conclusión, el desarrollo de un corpus juris de derecho internacional de derechos humanos significó la creación de derechos mínimos en favor de las personas migrantes, obligando a los Estados, a conciliar sus leyes migratorias con los deberes que conlleva el reconocimiento de dichos derechos. No obstante, sobre estos requerimientos no ha existido mayor análisis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

CAPÍTULO III

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La discriminación no es natural o inmutable, sino el resultado de relaciones de poder económico, político y cultural, y de la opresión de ciertos grupos a través de la explotación, marginalización, imperialismo cultural, violencia y desempoderamiento. La discriminación es posible porque un sistema de valores, creencias y prejuicios determinados la sustentan, es decir, la discriminación depende de una ideología determinada para existir. La discriminación es visible y puede analizarse en varios niveles: estructural, cultural, institucional y personal. Estos niveles nutren y se nutren de los otros, manteniendo un sistema discriminatorio. Si la discriminación depende de varios factores para existir y permanecer en varios niveles, entonces es necesario promover cambio en todos esos niveles. Es decir, la discriminación necesita, para ser erradicada, de tantas estrategias, como aquellas utilizadas para producirla.

El movimiento internacional de personas y su vinculación con la protección y respeto de los derechos fundamentales, constituye uno de los temas de mayor actualidad, no sólo por sus impactos demográficos y económicos; sino también, por las implicaciones jurídicas al involucrar a diferentes actores, lo que ha conllevado a que los países adecúen su marco jurídico interno con la legislación internacional y jurisprudencia emitida por los Tribunales Constitucionales sobre la materia. La presente investigación buscó establecer si el tratamiento jurídico que reciben las personas, es el adecuado con respecto al respeto de los derechos fundamentales y, desde la perspectiva de los países emisores, las acciones impulsadas en el marco de la protección de los derechos fundamentales.

Durante la investigación, se ha logrado abordar el marco del sistema de leyes que en su conjunto informan el movimiento internacional de personas, la protección internacional de los derechos humanos de los migrantes y que, tras el análisis de dichos instrumentos jurídicos, nos lleva a indicar que siendo estas convenciones y acuerdos sobre temas de carácter general, no conforman en sí un marco jurídico-normativo para la regulación exclusiva de la migración internacional. Asimismo, se ha podido identificar que los países, poseen legislaciones que en la mayoría de ocasiones no está acorde con las necesidades y exigencias que demanda actualmente el movimiento internacional de personas.

En tal sentido, se considera de vital importancia el que todos los países con movimiento voluntario e internacional de personas, puedan adaptar sus propias legislaciones, respetando los principios de derecho internacional en materia de derechos humanos.

3.1. CONCLUSIONES

- El concepto de “discriminación estructural” se considera insuficiente. La idea de igualdad dominante, es la idea de igualdad de trato y no la de igualdad de estatus.
- Se determinó que la afectación de la inclusión de la condición de vulnerabilidad en el artículo 2 de la propuesta ecuatoriana, puede interferir en la correcta aplicación de la asistencia y protección consular a los migrantes de los países pertenecientes a estos sistemas de integración cuando se encuentran en un tercer país, provocando una falta de acceso a derechos a personas que no puedan ser consideradas como “vulnerables”.
- Existe una divergencia con lo aplicado actualmente por el Acuerdo de Cooperación Consular de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en el cual todos los ciudadanos de los países miembros tienen acceso a esta protección sin restricción de si se encuentran en una situación de vulnerabilidad o no.

3.2. RECOMENDACIONES

- Seguir el aporte de la jurisprudencia interamericana, ya que juega un papel fundamental en la transformación de las políticas públicas de los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- La incorporación del concepto (discriminación estructural) viene contribuyendo al fortalecimiento de la respuesta del Sistema interamericano frente a la discriminación.
- Dado que, podemos establecer que la incorporación del concepto de vulnerabilidad como condicionante para recibir asistencia consular de un país miembro de UNASUR, cuando un ciudadano de este sistema de integración se encuentra en un tercer país, puede causar discriminación ya que, dejaría fuera de la protección a quienes no puedan ser considerados como personas vulnerables, se recomienda: Eliminar, el concepto de vulnerabilidad del artículo 2 de la propuesta del Estado ecuatoriano al grupo de trabajo de la UNASUR para un mecanismo de cooperación consular, dejando de esta manera abierta la posibilidad para que todo ciudadano de la UNASUR pueda acceder a servicios y protección consular de cualquier

país miembro del sistema de integración sea cual fuere su condición al momento de requerirlo.

BIBLIOGRAFÍA

ADGER, N. (1999) Social Vulnerability to Climate Change and Extremes in Coastal Vietnam. *World Development*, vol. 27(2), pp. 249-269.

ADGER, N., PAAVOLI, J., HUQ, S. & MACE, M.J. (2006) *Fairness in Adaptation to Climate Change*, MIT Press, Cambridge.

ADGER, N; AGRAWALA, S; MIRZA, MMQ; CONDE, C; O'BRIEN, K; PULHIN, J; PULWARTY, R; SMIT, B; & TAKAHASHI, K, "Assessment of adaptation practices, options, constraints and capacity", en PARRY, M; CANZIANI, O; PALUTIKOF, J; VAN DER LINDEN, P; & HANSON, C (eds.) *Climate Change. Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, University Press, Cambridge, 2007, pp. 717- 743.

AGUAYO, F. (2007) *Sustentabilidad y desarrollo ambiental*, Universidad Autónoma de México UNAM, México.

ALWANG, J., SIEGEL, P. & JORGENSEN, S. (2001) "Vulnerability: A View from Different Disciplines", *World Bank- Social Protection Discussion Paper Series*, n° 0115, pp. 1-42.

ANDERSON, M.B. (1994) "El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 19 no 124, pp. 336-341.

AURORA Furlong y ZACAULA, Raúl Netzahualcoyotzi Luna, Juan Manuel Sandoval Palacios (2015). *Integración en el Continente Americano Fronteras, migraciones y desplazamientos forzados*

BARBÉ, Esther (1995) *Relaciones Internacionales*, Tecnos, 1995, España.

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (2014) "Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo". En *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, editado por M. Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruza Muguruza. Valencia, Tirant lo Blanch.

BAYEFSKY, Anne F. (1990) "El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional", pp. 19-22.

BLAIKIE, P; CANNON, P; DAVIS, I; & WISNER, B. (1996) Vulnerabilidad: el entorno social, político y económico de los desastres, Tercer mundo editores, Bogotá (e.o: 1994 At risk).

BROOKS, N. (2003) “Vulnerability, Risk and Adaptation: A Conceptual Framework”, Tyndall Centre for Climate Change Research, vol. 38, pp. 1-16.

BURGORGUE-LARSEN, L, « Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme et le ‘système onusien’ », en DUBOUT, E & TOUZE, S (dir.), Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques, Pedone, París, pp. 91-115.

BUSTAMANTE, Jorge (2002) Migración internacional y derechos humanos, México, IIJ-UNAM.

CALDUCH, R. (1991). Relaciones internacionales. Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid

CARREY, N.J. & UNGAR, M. (2007) Resilience. Child and adolescent psychiatric clinics of North America, Philadelphia/London, Pa/Saunders.

CHAPMAN, A.R. & CARBONETTI, B. (2011) “Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, Human Rights Quarterly, vol. 33, pp. 682-732.

CIDH, (2007) doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, Informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos en las Américas.

COLACRAI, Miryam (2006). La marcha de la integración en América Latina. El rol de las ideas, instituciones y políticas en el Mercosur.

Convención de Viena sobre Relaciones Internacionales 1963

Corte IDH, “Instituto de Reeducción del menor” vs. Paraguay, 2 septiembre 2004.

Corte IDH, “Niños de la calle” (Villagrán Morales et al.) vs. Guatemala, 19 noviembre 1999.

Corte IDH, Artavia Murillo (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, 28 noviembre 2012.

Corte IDH, Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay, 17 junio 2005.

Corte IDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 24 agosto 2010.

Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 31 agosto 2001

Corte IDH, Gudiel Álvarez et al. (Diario Militar) vs. Guatemala, 20 noviembre 2012.

Corte IDH, Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, 8 julio 2004 CorteIDH, Huilca Tecse vs. Perú, 3 marzo 2005.

Corte IDH, Masacres del Mozote y lugares vecinos vs. Salvador, 25 octubre 2012.

Corte IDH, Mohamed vs. Argentina, 23 noviembre 2012.

Corte IDH, Montero Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela, 5 julio 2006.

Corte IDH, Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 25 noviembre 2003.

Corte IDH, Nadege Dorzema et al. Vs. República Dominicana, 24 octubre 2012.

Corte IDH, Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 8 septiembre 2005.

Corte IDH, Opinión Consultiva El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías judiciales, OC- 16/99, 1 octubre 1999.

Corte IDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados, OC-18/03, 17 septiembre 2003.

Corte IDH, Opinión Consultiva Estatuto jurídico y derechos del niño, OC-17/02, 28 agosto 2002.

Corte IDH, Palamara Iribarne vs. Chile, 22 noviembre 2005.

Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio 2012.

COURTIS, Christian (2017) “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación”, Comisión Internacional de Juristas Ginebra.

DARDANELLI, Mariella (2015). La circulación de personas en los procesos de integración regional y los desafíos para las zonas fronterizas: el caso del Mercosur. Montevideo, Uruguay.

DOUGHERTY, James E. Teorías en pugna en las relaciones internacionales, Grupo editor Latinoamericano, 1993, Argentina.

ESPINOZA, Carlos. (2004). Unilateralismo y multilateralismo

ESTUPIÑAN-SILVA R. & IBÁÑEZ-RIVAS J. (2014) “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales”, en Derechos humanos de los grupos vulnerables, Valdivia, Universidad Austral de Chile.

FERNÁNDEZ PASARÍN, A. M. (2010). La dimensión externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el caso de la cooperación consular local. *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 87-104.

FINEMAN, M.A. (2008) “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, pp. 1-23.

FINEMAN, M.A. (2010) “The Vulnerable Subject and the responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, pp. 251-275.

GARCÍA, Lila (2013) Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial. Tesis doctoral. Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, Argentina.

GONZÁLEZ GALVÁN, J.A.; HERNÁNDEZ, M.P. & SÁNCHEZ CASTAÑEDA, A. (2001) “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario” en VALADÉS, D; GUTIÉRREZ RIVAS, R (eds.) *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, Universidad Autónoma de México UNAM, México, pp. 225-243.

GONZÁLEZ LE SAUX M. y PARRA VERA, O. (2014) “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, op. cit., supra nota 60. p. 133.

HALPERIN, M., & VACCHINO, J. M. (1988). El Mercado Común del Sur y un nuevo sistema regional de relaciones económicas multilaterales (No. E13 A837f). ALIDE, Lima (Perú). Secretaría General

HENNEBEL, L. (2009) « La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme », en *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, en HENNEBEL L & TIGROUDJA H (dir.) Pedone, París, pp. 75-119

JIMÉNEZ, Claudia (2003). Las teorías de la cooperación internacional dentro de las relaciones internacionales.

LAMPIS, A. (2013) “Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático: debates acerca del concepto de vulnerabilidad y su medición”, Cuadernos de Geografía- Revista Colombiana de Geografía, vol. 22, n° 2, pp. 17-33, pp. 19-22.

LAVELL, A. (2011) “Desempacando la adaptación al cambio climático y la gestión del riesgo. Buscando las relaciones y las diferencias: una crítica y construcción conceptual y epistemológica”, en Proyecto UICN-FLACSO sobre Gestión del Riesgo y Adaptación al Cambio Climático, Red para el Estudio Social de la Prevención de Desastres en América Latina, 45 pp., p. 15.

LORENZINI, M. E. (2013). Las relaciones argentino-chilenas 2008-2011: ¿realidad o ficción de la "alianza estratégica"? Si Somos Americanos, 13(1), 39-64.

MARIÑO, Jorge (1999) La Supranacionalidad en los procesos de integración regional, Mave Editor, España.

MÁRMORA, Lelio (2002) Las políticas de migraciones internacionales, Buenos Aires, Argentina. Ed. Paidós.

MARTÍNEZ Julio, BORDAS José, BAEZA LÓPEZ Carlos, FIGUERO Carmen Alba (2011) Temas de Sociología Criminal. Sociedad, Delito, Víctima Y Control Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España.

Mecanismo de cooperación consular de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Mecanismo de cooperación consular propuesto por el Estado ecuatoriano ante el grupo de trabajo de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

Mecanismos de cooperación consular de los Estados miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

MEDINA, Cecilia y NASH Claudio (2011) Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

MOECKLI, Daniel (2010) *Equality and Non Discrimination International Human Rights Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 190.

NASH, Claudio y VALESKA David (2010) “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”. En *Derechos Humanos y Juicio Justo*, editado por Claudio Nash e Ignacio Mujica, Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas COLAM, Organización Interamericana Universitaria.

NEF, Jorge (2000) "Los procesos de integración y la globalización", en *Revista Diplomacia* N° 82, Academia Diplomática Andrés Bello, Chile.

Organización Internacional para las Migraciones (2013) *Migración internacional, salud y derechos humanos*. Editorial: Organización Internacional para las Migraciones. Suiza.

Organización Internacional para las Migraciones (2016) *Migración, derechos humanos y política migratoria*. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Primera edición. Buenos Aires, Argentina.

ORJUELA, F. N. (2015). Las políticas migratorias en la comunidad andina un balance de su situación actual. *Politeja-Pismo Wydziału Studiów Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 12(38), 223-242.

PARLEY, F.F. (2012) “What does vulnerability means?” *British Journal of Learning Disabilities*, vol. 39, 266–276.

PÉREZ, Edward J. (2016) *La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano*. ISBN: 978-607-8211-06-7. ISBN: 978-607-729-244-9. D. R. © Comisión Nacional de los Derechos Humanos

PERONI, L. & TIMMER, A., (2013) “Vulnerable Groups: the Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law”, *International Journal of Constitutional Law*.

RAMÍREZ, Jacques (2016). *Hacia el Sur: La construcción de la ciudadanía suramericana y la Movilidad Intrarregional*. Quito: Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG).

SALGADO PEÑA HERRERA, Germánico (1995). *El grupo andino de hoy: eslabón hacia la integración de Sudamérica*.

SALOMÓN, Mónica (1999) "La PESCE y las teorías de la integración Europea" en Revista Cidob D'afers Internacionals, España.

SANAHUJA, José Antonio (2009). Del regionalismo abierto al regionalismo post-liberal

SAYAD, Abdelmalek (2010) La Doble Ausencia. De las ilusiones del emigrado a los padecimientos del inmigrado, Barcelona, España. Ed. Anthropos.

SORENSEN, Max (2008). Manual de Derecho Internacional Público. Décima impresión.

STEELE, C., & ARONSON, J. (1995) Stereotype threat and the intellectual performance of African-Americans. Journal of Personality and Social Psychology, vol. 69, pp. 797-811.

TAMAMES, Ramón (1972) La integración económica y los países de menor desarrollo relativo, BID/INTAL, España.

TARRE, Patricia (2016) La jurisprudencia de excepciones preliminares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México.

TOKATLIAN, Juan Gabriel Rodrigo Pardo (1997). La teoría de la interdependencia ¿Un paradigma alternativo al realismo?

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/c 306/01)

TXOTXU, A. & PEÑA, L. (2015) Pasando fronteras: El valor de la movilidad humana. Plaza y Valdés Editores. Madrid, 2015, pp. 9-45. ISBN 9788416032419.

UN, doc. 7817 (2009), Terminología sobre reducción del riesgo de desastres, United Nations International Strategy for Disaster Reduction (UNISDR)

UPRIMNY, Inés Margarita (2008) "La protección internacional de los Derechos Humanos: el sistema de Naciones Unidas". En Políticas públicas para un Estado social de derechos. El paradigma de los derechos universales, editado por Víctor Abramovich, Ximena Erazo y Jorge Orbe, vol. 2, Santiago de Chile: LOM Ediciones; Fundación Henry Dunant América Latina.

VIOR, Eduardo J. (2013) "Nacionalidad y supranacionalidad en la construcción de la ciudadanía sudamericana".

WALKER, B., HOLLING, C. S., CARPENTER, S. R. & KINZIG, A. (2004) “Resilience, adaptability and transformability in social-ecological systems”, Ecology and Society, vol. 9(2), pp. 5-16.

ZAPATER, M. G. (2015). La protección consular como derecho derivado de la ciudadanía Consular protection as derivative citizenship law. Revista de Derecho de la Unión Europea, (27-28), 259-280.

ZOLLI, A. & HEALY, A.M. (2012) Resilience. Why things bounce back, Londres, Headline Business Plus.

SITIOS WEB

CERIANI, Pablo (2013) Apuntes críticos sobre derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR”. Derechos Humanos. Reflexiones desde el Sur. Disponible en: <http://bit.ly/2dsftIm>

Conferencia Sudamericana de Migraciones (2010) Plan sudamericano de desarrollo humano de las migraciones, contexto y perspectivas. Disponible en: <http://bit.ly/2dsi992>

Derechos humanos de los grupos vulnerables Manual. Jane Felipe Beltrão José Claudio Monteiro de Brito Filho. Et. akl, (2014). ISBN: 978-84-697-0068-6. Tomado el 10/09/2017 de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/DHGV_Manual.pdf

GARCÍA, L. y PENCHASZADEH, A. (2015) Desnacionalizaciones y expulsiones masivas. El caso ‘Personas dominicanas’, en Revista de Derechos Humanos INFOJUS, pp. 137-152. Disponible en: <http://bit.ly/2dshwMs>

La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: esbozo de una tipología. Rosmerlin Estupiñán-Silva (2014). Tomado el 05/09/2017 de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf

Lorenzo Peña y Txetxu Ausín (2014) EL VALOR DE LA MOVILIDAD HUMANA Tomado el 16/11/2017 de: <http://www.plazayvaldes.es/libro/pasando-fronteras/1540/>

Procesos de Integración. Pontifica Universidad Católica del Ecuador (2017) Tomado el 12/06/2017 de: <http://www.puce.edu.ec/economia/efi/index.php/economia-internacional/2-ncategorised/40-procesos-de-integracionn>

Stavenhagen, Rodolfo (2014) Los pueblos indígenas y sus derechos. Colonia Polanco, México, D.F. C.P.11560. ISBN 978-92-95068-00-1 Tomado el 14/10/2017 de: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

Zanca, K.M.R Hacia un esquema de cooperación migratoria y consular. Biblioteca Digital Andina. Tomado el 01/07/2017 de: <https://es.scribd.com/document/303303866/Rivera-Zanca-Karina-M-Eschema-Cooperacion-Migratoria-PDF>